

# La Convention de Bruxelles

## Introduction

1. — La présente chronique porte sur les derniers arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes interprétatifs des dispositions de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale («la Convention»). Elle fait suite à celle publiée dans ce *Journal*, en 1995, par M. Harry Duintjer Tebbens<sup>1</sup>. Neuf arrêts ont été rendus par la Cour de justice pendant la période de référence (16 juillet 1995 – 15 juillet 1997), dont certains interprètent déjà le texte de la Convention de Bruxelles telle que modifiée par la Convention de San Sebastian du 26 mai 1989 (entrée en vigueur en Belgique le 1<sup>er</sup> octobre 1997<sup>2</sup>). En vue de la clarté de l'exposé, les arrêts seront commentés suivant la structure même de la Convention: I. Champ d'application (§§ 2 à 5), II. Compétence directe (§§ 6 à 22) et III. Reconnaissance et exécution (§§ 23 à 30).

## I

### Champ d'application

#### Notion de régimes matrimoniaux

2. — Ainsi que l'a relevé l'avocat général Jacobs, dans les conclusions précédant l'arrêt *van den Boogaard* du 27 février 1997<sup>3</sup>, la démarcation entre les «régimes matrimoniaux» et les «obligations alimentaires» est délicate; l'interprétation large de la première notion se fait nécessairement aux dépens de la seconde. Il semblerait que cette question a échappé à l'attention de la Cour dans les arrêts antérieurs où elle a été appelée à donner son interprétation. Or, la matière des régimes matrimoniaux est expressément exclue du champ d'application de la Convention de Bruxelles (article 1<sup>er</sup>, 2<sup>o</sup>); en revanche, celle des obligations alimentaires y est visée, notamment à l'article 5, 2<sup>o</sup>, qui organise des règles de compétence spéciales<sup>4</sup>. Dans la première affaire de *Cavel*, la Cour de justice des Communautés européennes a donné des régimes matrimo-

niaux une interprétation large autonome susceptible de s'appliquer à tous les cas, quel que soit le droit national en particulier<sup>5</sup>. Celle-ci comprend «non seulement les régimes de biens spécifiquement et exclusivement conçus par certaines législations nationales en vue du mariage mais également tous les rapports patrimoniaux résultant directement du lien conjugal ou de la dissolution de celui-ci [...] [à l'exclusion] des relations juridiques patrimoniales existant entre époux mais sans rapport avec le mariage»<sup>6</sup>. Rappelons qu'il s'agissait d'une instance en divorce se déroulant en France; le mari avait été autorisé à apposer des scellés sur certains biens situés en Allemagne et à saisir le compte bancaire ouvert au nom de sa femme dans le même pays. L'exécution de ces mesures était poursuivie en Allemagne. Le Bundesgerichtshof demanda à la Cour si ces mesures prises lors d'une instance en divorce relevaient de l'état des personnes ou des régimes matrimoniaux. La tâche de la Cour n'était certes pas aisée en raison de la divergence des droits nationaux, mais la formule utilisée est maladroite: les mesures de sauvegarde provisoires accordées au cours d'une procédure de divorce ne relèvent pas du champ d'application de la Convention «dès lors que ces mesures concernent ou sont étroitement liées à, soit des questions d'état des personnes impliquées dans l'instance en divorce, soit des rapports juridiques patrimoniaux, résultant directement du lien conjugal ou de la dissolution de celui-ci».

Au yeux de la Cour, l'appartenance des mesures provisoires comme l'apposition de scellés et la saisie de comptes bancaires au champ d'application conventionnel est déterminée par la nature des droits dont elles assurent la sauvegarde, et non pas leur nature propre. Or elle estime que le règlement provisoire des rapports patrimoniaux des époux au cours d'une procédure en divorce est si intimement lié aux causes du divorce et à la situation personnelle des époux (ou de leurs enfants) qu'il ne peut être détaché des questions d'état soulevées par la dissolution du lien conjugal ainsi que de la liquidation du régime matrimonial (point 7). Il doit dès lors suivre le traitement de celles-ci sur le plan de la compétence internationale. La lecture de ce dernier motif avait incité les commentateurs de l'époque à conclure qu'aux yeux de la Cour, toutes les mesures aménageant les relations patrimoniales des époux – et donc aussi les pensions alimentaires – susceptibles d'être prises au cours d'une instance en divorce devaient échapper au domaine de la Convention. Pour-

tant M. Schlosser avait tenté, dans le rapport de la Convention d'adhésion de 1978, d'analyser de manière assez détaillée la notion de «régimes matrimoniaux». Il avait constaté que la particularité principale de cette institution est de constituer un régime patrimonial global, mais non unique, dans chacun des systèmes juridiques. Mais dans aucun de ceux-ci, les obligations alimentaires entre époux ne découlent de réglementations faisant partie des normes relatives aux régimes matrimoniaux<sup>7</sup>.

3. — La Cour est heureusement intervenue un an plus tard, levant les incertitudes qu'avait créées son arrêt de 1979. Il s'agissait cette fois de savoir si le litige en matière d'obligations alimentaires<sup>8</sup> devait, en tant qu'accessoire de l'instance en divorce – laquelle relève incontestablement de l'état des personnes et est donc soustraite au champ d'application de la Convention – être lui-même écarté du domaine conventionnel. Par le second arrêt de *Cavel*, la Cour pose le principe qu'«aucune disposition ne lie, en ce qui concerne le champ d'application de celle-ci, le sort des demandes accessoires au sort des demandes principales. Différentes dispositions confirment, au contraire, que la Convention ne lie pas le sort de demandes qualifiées 'accessoires' au sort de la demande principale»<sup>9</sup>. Il s'agit notamment des articles 5, 4, 24 et 42 de la Convention<sup>10</sup>. La Cour en déduit que dans le système de la Convention, «les demandes accessoires relèvent de son champ d'application suivant la matière qu'elles concernent et non suivant celle dont relève la demande principale» (point 9). Elle revient dès lors sur son arrêt du 27 mars 1979, pour déclarer que la demande d'apposition de scellés dans le cadre d'une procédure en divorce ne relevait pas du champ d'application de la Convention, non à cause de son caractère accessoire, «mais parce qu'il apparaissait que, par son objet propre, elle relevait, en l'occurrence, du régime matrimonial des époux»<sup>11</sup>. Restait la question difficile de la qualification de la pension alimentaire allouée après divorce, à titre de prestation compensatoire. Sans doute est-elle étroite-

(7) Rapport Schlosser, *J.O.C.E.*, C. 59/71, 5 mars 1979, n° 43 et s.

(8) À titre de mesure provisoire pendant la procédure de divorce et allouée après le divorce, à titre de prestation compensatoire.

(9) C.J.C.E., 6 mars 1980, *Luise de Cavel c. Jacques de Cavel*, aff. 120/79, *Rec.*, p. 731.

(10) Sur la pertinence du renvoi à l'article 42, voy. les critiques d'A. HUET, *Clunet*, 1980, p. 446.

(11) Point 9. Nous ne nous attarderons pas ici à l'arrêt de la Cour du 31 mars 1982 (*C.H.W. c. G.H.J.*, aff. 25/81, *Rec.*, p. 1189) qui reprend les termes de l'arrêt de 1979 à propos de la remise d'un document afin d'empêcher son utilisation comme preuve dans un litige concernant la gestion par le mari des biens de sa femme. Une telle mesure ne relève pas du champ d'application de la Convention si «cette gestion se rattache étroitement aux rapports patrimoniaux qui résultent directement du lien conjugal». Avec A. HUET (*Clunet*, 1982, pp. 944 et 945) relevons brièvement que pour être conforme à sa jurisprudence de l'arrêt de *Cavel II* de 1980, la Cour aurait dû davantage s'attacher, avec le même résultat d'ailleurs, à qualifier le litige accessoire tendant à la remise du document que le litige principal concernant la gestion des biens.

(1) Portant sur la période du 15 juillet 1993 au 16 juillet 1995. «Convention de Bruxelles: développements récents», *J.T.D.E.*, 1995, pp. 217 et s.

(2) Le même jour est entrée en vigueur en Belgique la Convention de Lugano du 16 septembre 1988, qui étend les règles de la Convention de Bruxelles (moyennant quelques adaptations) aux pays membres de l'A.E.L.E. *M.B.*, 8 janvier 1998, pp. 340 et 427.

(3) C.J.C.E., 27 février 1997, *Antonius van den Boogaard c. Paula Laumen*, aff. 220/95, *Rec.*, p. I-1147, spéc. point 53, p. I-1166; note I. COUWENBERG, *R.W.*, 1997-1998, p. 28.

(4) Voy. sur cette disposition, *infra*, n° 15 à 17.

(5) Et notamment les règles en vigueur au Royaume-Uni où le mariage n'a en principe pas d'incidence sur le régime des biens des époux, sauf volonté contraire de ceux-ci.

(6) C.J.C.E., 27 mars 1979, *Jacques de Cavel c. Luise de Cavel*, aff. 143/78, *Rec.*, p. 1055, point 7.

ment liée «aux causes du divorce» et «à la situation personnelle des époux», selon l'expression de l'arrêt du 27 mars 1979, et par conséquent exclue du domaine conventionnel? La Cour décide, au contraire, dans son arrêt du 6 mars 1980, que la pension alimentaire accordée après divorce par l'article 270 du Code civil français a un caractère alimentaire et entre dans le champ d'application de la Convention de Bruxelles. Elle déduit cette interprétation autonome du fait qu'il s'agit d'obligations financières éventuelles entre ex-époux après le divorce, fixées «à raison des ressources et des besoins réciproques» (point 5). Ce faisant, la Cour interprète d'autorité une disposition de droit national<sup>12</sup>, sans une véritable consultation de celui-ci. Or, en l'espèce, tous les divorces ne donnent pas lieu, en droit français, à une prestation compensatoire. Mais il est vrai que c'est principalement la situation économique des époux et des enfants qui influe sur le montant des pensions alimentaires.

4. — L'arrêt de 1980 paraissait avoir clos le débat sur l'insertion des mesures patrimoniales relatives aux époux prises au cours d'une instance en divorce. La Cour n'avait pourtant pas délimité clairement le champ respectif des notions de «régimes matrimoniaux» et d'«obligations alimentaires» et donné une définition de cette dernière. Aussi, dix-sept ans plus tard, la Cour est-elle à nouveau appelée à se prononcer sur leur interprétation. C'est l'arrêt *van den Boogaard* du 27 février 1997<sup>13</sup>. Il était demandé si une décision anglaise, rendue dans le contexte d'une procédure en divorce, qui ordonne le paiement d'une somme forfaitaire ainsi que le transfert de la propriété de certains biens d'un époux au profit de son ex-conjoint, relève du champ d'application de la Convention car elle concerne les obligations alimentaires, ou au contraire en est exclue car elle vise les régimes matrimoniaux. Il faut signaler que l'ex-épouse avait poursuivi l'exécution de la décision aux Pays-Bas sur la base de la Convention de La Haye du 2 octobre 1973<sup>14</sup>. Il est admis que celle-ci ne fait pas obstacle à la Convention de Bruxelles, nonobstant l'article 57 qui réserve la compétence des Conventions particulières<sup>15</sup>. L'article 23 de la Convention de La Haye prévoit d'ailleurs qu'elle n'empêche pas qu'un autre instrument international soit invoqué en vue d'obtenir la reconnaissance ou l'exécution d'une décision. Dès lors, l'une ou l'autre de ces Conventions peut fonder la reconnaissance ou l'exécution des décisions en matière d'obligations alimentaires; pourtant, la Convention de Bruxelles sera généralement

utilisée en raison de la souplesse et de la simplicité de son cadre procédural<sup>16</sup>. Celui-ci est encore simplifié par la Convention communautaire concernant la simplification de la procédure d'exécution des obligations alimentaires, signée le 6 novembre 1990. Pour bien comprendre la portée de l'arrêt *van den Boogaard*, il faut rappeler que les règles relatives au pouvoir d'appréciation du juge pour ordonner des mesures financières en cas de divorce en vigueur au Royaume-Uni ne coïncident pas avec celles des États contractants continentaux. Il peut, en effet, en vue d'imposer une «rupture claire» du lien conjugal et de mettre fin rapidement après le divorce aux obligations financières réciproques des ex-époux, ordonner, en prenant en considération toutes les circonstances de l'espèce, le paiement d'une somme forfaitaire ou une répartition des biens en faveur de l'un des époux<sup>17</sup>. Pour ce faire, en contraste avec certains systèmes nationaux (tel le droit belge), il n'est pas lié par l'accord antérieur des époux sur le régime de la propriété des époux. Son existence ne constitue qu'un élément dont il doit tenir compte dans son appréciation, comme l'âge et la conduite des époux, la durée du mariage, les besoins financiers, le niveau de vie de la famille avant le mariage, etc.<sup>18</sup>.

5. — Comment dans ce cas distinguer les aspects de la décision portant sur les régimes matrimoniaux et ceux portant sur des obligations alimentaires? Nous avons rappelé que la Cour de Luxembourg, dans l'arrêt *Cavel II* (*supra*, 3), s'était déjà fondée sur la nature et l'objet de la mesure en vue de la qualification. Dans le présent arrêt, suivant l'avis de l'avocat général, elle s'attache à «l'objectif spécifique de la décision rendue», qui devrait pouvoir être déduit de la décision elle-même (points 21 et 22). S'il ressort de la décision «qu'une prestation est destinée à assurer l'entretien d'un époux dans le besoin ou si les besoins et les ressources de chacun sont pris en considération pour déterminer son montant, la décision a trait à une obligation alimentaire» (point 22, deuxième phrase). Comme l'avait déjà signalé le rapporteur Schlosser, il est sans importance à cet égard que le paiement de l'obligation alimentaire soit prévu sous la forme d'une somme forfaitaire, dès lors que le montant du capital est fixé de manière à assurer un niveau prédéterminé

de revenu<sup>19</sup>. Tel était le cas, en l'espèce, de la décision anglaise. Il ressortait, en effet, du jugement concerné que le montant estimé suffisant à l'épouse divorcée pour subvenir à ses besoins représentait le montant nécessaire pour acquérir un logement convenable, auquel s'ajoutait le montant du capital considéré par la jurisprudence anglaise comme indispensable à l'obtention d'un revenu annuel adapté à la situation de l'ex-épouse. Le montant accordé à titre de somme forfaitaire n'en représentait qu'une partie, le solde devant provenir de la vente des biens de son ex-époux dont la propriété lui était transférée<sup>20</sup>. En revanche, «lorsque la prestation vise uniquement la répartition des biens entre époux, la décision concerne les régimes matrimoniaux» et échappe au champ d'application de la Convention de Bruxelles (point 22). En d'autres termes, les mesures patrimoniales entre époux prises dans le cadre d'une instance en divorce, quelle que soit leur forme, doivent être considérées comme portant sur des obligations alimentaires dès lors qu'elles ont pour objet l'entretien d'un ex-époux. La Cour adopte ainsi une définition très large des obligations alimentaires, qui va dans le sens, déjà indiqué dans l'arrêt *Cavel II* et des conventions internationales, de leur détachement des institutions sur lesquelles elles se fondent, comme le mariage ou le divorce. Ce faisant, elle restreint considérablement la notion de régimes matrimoniaux, et par voie de conséquence le domaine des matières exclues du champ d'application de la Convention de Bruxelles.

## II

### Compétence directe

#### A. — Lieu d'exécution de l'obligation contractuelle

6. — Selon la jurisprudence *Tessili*<sup>21</sup>, le lieu d'exécution de l'obligation litigieuse, for spécial de compétence en matière contractuelle (article 5, 1<sup>er</sup>), est déterminé par la loi interne applicable au contrat selon la règle de conflit du for. L'arrêt *Zelger*<sup>22</sup> a précisé que les parties peuvent se mettre d'accord pour désigner elles-mêmes le lieu d'exécution. Pour autant qu'il soit «valable selon le droit national applicable au contrat», cet accord confère compétence au juge du lieu d'exécution désigné, «indépendamment du respect des conditions de forme prévues par l'article 17» (dispositif), cette dernière disposition ne visant que les conventions d'élection de for. Tout en suggérant lui-même cette solution, l'avocat général F. Capotorti avait souligné, dans ses conclusions précédant l'arrêt *Zelger*, le risque de désignation fictive par les parties d'un lieu qui ne correspondrait pas au lieu d'exécution réel

(12) E. KRINGS, «Application de la Convention de Bruxelles de 1968 par la Cour de justice des Communautés européennes», *Cah. dr. eur.*, 1981, p. 160.

(13) Cité *supra*, note 3.

(14) Concernant la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière d'obligations alimentaires. Cette Convention n'a pas encore été ratifiée par la Belgique; celle-ci est toujours liée pas la Convention du 15 avril 1958 qui ne vise que les obligations alimentaires envers les enfants.

(15) L'article 25, 2<sup>o</sup>, de la Convention d'adhésion de 1978 réserve l'application de la procédure relative à la reconnaissance et à l'exécution prévue par la Convention de Bruxelles.

(16) F.G. JACOBS, concl. précédant l'arrêt du 27 février 1997, point 27. Une telle interprétation avait déjà été précisée dans le rapport de la commission spéciale chargée par la Conférence de La Haye sur le droit international privé de préparer les travaux de la session consacrée aux obligations alimentaires (M. VERWILGHEN, *Actes et documents de la douzième session*, t. IV, 1975, p. 75).

(17) En l'espèce, les époux néerlandais avaient, par contrat de mariage, adopté le régime de la séparation de biens, en remplacement du régime initialement choisi de la communauté universelle. Il semble que le juge anglais a décidé qu'en vertu de ce contrat, chacun des époux était individuellement propriétaire de biens; il n'a pas estimé pouvoir en déduire que l'ex-épouse avait renoncé à tout droit de recevoir un capital (F.G. JACOBS, concl. précédant l'arrêt du 27 février 1997, point 71).

(18) Sur cette législation, voy. les concl. de l'avocat général précédant l'arrêt *van den Boogaard*, points 54 et s.

(19) Rapport Schlosser, *J.O.C.E.*, C 59/71, 5 mars 1979, n° 93.

(20) Concl. de l'avocat général Jacobs précédant l'arrêt *van den Boogaard*, points 10 et 78.

(21) C.J.C.E., 6 octobre 1976, *Tessili*, aff. 12/76, *Rec.*, p. 1473.

(22) C.J.C.E., 17 janvier 1980, *Zelger*, aff. 56/79, *Rec.*, p. 89.

de l'obligation litigieuse. Le remède contre ce danger devait être trouvé, pour M. Capotorti, dans le droit interne: «Il dépendra du droit national applicable d'établir si, et en présence de quelles circonstances, le juge national peut éventuellement considérer le choix comme simulé et, partant, comme privé de tout effet [...]» (point 3). La Cour de justice n'avait pas jugé nécessaire, dans l'arrêt *Zelger*, de se prononcer sur cette question, laquelle, il est vrai, ne se posait pas en l'espèce car le lieu d'exécution fixé par les parties correspondait au lieu réel où l'obligation litigieuse (remboursement d'un prêt) devait être exécutée. Les juridictions belges avaient, quant à elles, dû se prononcer, dans l'affaire *Audi/NSU*, sur un contrat de concession de vente exclusive qui stipulait que le lieu d'exécution de l'obligation était au siège social du concédant en Allemagne, alors que la concession devait en réalité s'exécuter sur le territoire belge. La cour d'appel de Liège<sup>23</sup>, puis la Cour de cassation<sup>24</sup>, ont jugé – conformément à la suggestion précitée de M. Capotorti – que cette clause devait être écartée au motif qu'elle avait «pour objet de simuler un élément d'extranéité» et «pour but d'écarter par un artifice la loi belge normalement applicable, au profit d'une loi étrangère».

7. – L'arrêt *MSG/Gravières Rhénanes*<sup>25</sup> a donné l'occasion à la Cour de justice de prendre position sur ce problème. La coopérative allemande MSG avait donné en location à la société française Les Gravières Rhénanes un bâtiment de navigation fluviale. Le contrat d'affrètement, conclu verbalement, avait fait l'objet d'une lettre de confirmation commerciale adressée par MSG aux Gravières Rhénanes, comportant la mention préimprimée selon laquelle «le lieu d'exécution et celui du for auquel toute compétence est attribuée est Würzburg». Se fondant sur cette clause, MSG réclamait devant les tribunaux allemands la condamnation des Gravières Rhénanes à payer le solde d'une indemnité, après intervention de l'assureur de ces dernières, en raison du dommage causé au bateau lors des opérations de déchargement des marchandises. Outre la question, sur laquelle nous reviendrons plus loin (n° 22), de savoir si la clause précitée constituait une convention attributive de juridiction répondant aux conditions de forme prévues à l'article 17, le Bundesgerichtshof demandait si ladite clause, en tant qu'elle désigne le lieu d'exécution, pouvait fonder la compétence des tribunaux allemands sur pied de l'article 5, 1°, alors qu'en réalité les obligations découlant du contrat d'affrètement devaient, pour la plupart, être exécutées en France. La Cour de justice répond par la négative: les parties ne sauraient, «au regard du système établi par la

Convention», «fixer, dans le seul but de déterminer un for compétent, un lieu d'exécution ne présentant aucun lien effectif avec la réalité du contrat et auquel les obligations découlant du contrat ne pourraient pas être exécutées suivant les termes de celui-ci» (point 31).

Contrairement à ce qu'avait suggéré l'avocat général F. Capotorti dans ses conclusions dans l'affaire *Zelger* précitée (n° 6), la Cour de justice ne se borne donc pas à renvoyer au droit national pour décider du caractère effectif ou simulé de la désignation du lieu d'exécution. L'arrêt *MSG* introduit, sur ce point, une restriction communautaire et uniforme à la liberté des parties. Deux motifs sont avancés pour justifier la solution. Tout d'abord, l'article 5, 1°, vise «le lieu d'exécution effective de l'obligation comme critère de compétence en raison de son lien de rattachement direct avec le tribunal auquel elle attribue compétence» (point 32). Ensuite, «la fixation d'un lieu d'exécution ne présentant aucun rapport effectif avec l'objet du contrat devient fictive et a comme seul objectif la détermination d'un lieu du for. Or, une telle convention attributive de juridiction est régie par l'article 17 de la Convention et est ainsi soumise à des conditions de forme précises» (point 33). En pratique, il appartiendra donc aux juridictions nationales de sonder l'intensité du rattachement entre «le lieu d'exécution» désigné par les parties et «l'objet» ou «la réalité du contrat»<sup>26</sup>. Le juge sera ainsi amené à localiser *en fait* les obligations litigieuses, de manière à déterminer si le lieu d'exécution effectif, ou le cas échéant l'un des lieux d'exécution effectif, correspond à celui fixé par les parties. L'arrêt *MSG* ouvre ainsi la voie, chaque fois qu'il existe une clause désignant le lieu d'exécution, à une appréciation communautaire de ce lieu, centrée sur la manifestation concrète des prestations des parties. Il s'agit d'un assouplissement assez remarquable – quoique de portée limitée – de la position de la Cour de justice, qui s'était jusqu'à présent toujours refusée à s'écarter du système de désignation du lieu d'exécution selon la *lex causae* (jurisprudence *Tessili*), malgré les nombreuses difficultés causées par ce système, dénoncées à maintes reprises par la doctrine<sup>27</sup>. La Cour a-t-elle

voulu donner un signe en faveur d'une interprétation moins rigide de l'article 5, 1°, au moment précis où, dans le cadre du processus de révision de la Convention de Bruxelles, on discute de la modification, voire de la suppression pure et simple de cette disposition?

8. – Relevons aussi que l'arrêt *MSG*, en faisant prévaloir l'objectif de proximité (compétence du juge proche des données du litige) sur celui de la prévisibilité des solutions, s'écarte résolument de l'arrêt *Custom Made Commercial*, qui avait reconnu l'attribution de compétence, en vertu de l'article 5, 1°, à un «for sans connexité avec l'affaire»<sup>28</sup>. Comment justifier la différence de traitement, du point de vue de la compétence internationale, entre la situation du vendeur, autorisé à agir en paiement du prix de vente devant les tribunaux de son propre domicile, sur la base d'une référence indirecte au droit uniforme de la vente internationale (solution *Custom Made Commercial*), et celle du créancier de dommages-intérêts, qui, en présence d'une clause prévoyant que l'obligation doit être exécutée au lieu où est situé son domicile, ne peut agir devant les tribunaux de ce lieu (solution *MSG*)<sup>29</sup>? L'avocat général G. Tesauro s'efforce de concilier les deux arrêts en soulignant que, dans l'affaire *MSG*, «il s'agit d'une convention qui ne se borne pas à attribuer compétence à un tribunal sans connexité avec l'affaire, si ce n'est le domicile du demandeur, mais dont la seule finalité consiste à éluder le respect des exigences de forme posées à l'article 17» (point 16). Pour ingénieuse qu'elle soit<sup>30</sup>, cette justification procède, à notre avis, d'une confusion entre deux problèmes distincts, confusion que l'on retrouve d'ailleurs dans certains motifs de l'arrêt lui-même (spéc. point 31). La question de savoir si la désignation d'un lieu d'exécution a ou non pour finalité de conférer une compétence judiciaire ne doit pas se poser, à notre sens, dans le cadre de l'article 5, 1°. Dès que le lieu d'exécution désigné correspond au lieu, ou le cas échéant à l'un des lieux où l'obligation servant de base à la demande pourrait être effectivement exécutée, l'article 5, 1°, doit trouver à s'appliquer, quel que soit l'objectif poursuivi par les parties.

La question de savoir si la clause désignant le lieu d'exécution vise, dans l'intention des

(23) Liège, 12 mai 1977, *J.T.*, 1977, p. 710.

(24) Cass., 28 juin 1979, *Pas.*, 1979, I, p. 1260; *R.C.J.B.*, 1981, pp. 347 et s., note R. VANDER ELST.

(25) C.J.C.E., 20 février 1997, *Mainsschiffahrts-Genossenschaft Eg (MSG) c. Les Gravières Rhénanes SARL*, aff. C-106/95, *Rec.*, p. I-911; *Rev. crit. d.i.p.*, 1997, p. 563, note H. GAUDEMET-TALLON; note H. HUET, *Chunet*, 1997, p. 625; Cl. MEREU, *J.T.*, 1997, p. 461; note I. COUWENBERG, *R.W.*, 1997-1998, p. 27; T. HARTLEY, *European Law Review*, 1997, p. 360.

(26) Cette tâche ne sera pas toujours aisée. Dans l'affaire *MSG* elle-même, une contestation est née à propos du lieu des opérations de chargement du navire: MSG avait soutenu, au cours de la procédure, que ce lieu était situé principalement en Allemagne (voy. les conclusions de l'avocat général, n° 2, note 1), tandis que, selon l'ordonnance de renvoi à la Cour de justice, la plupart de ces opérations s'exécutait en France.

(27) Parmi les innombrables études critiques publiées récemment sur ce point, voy. notam. G.A.L. Droz, «Delendum est forum contractus», *DALLOZ*, 1997, Chron., p. 351; A. NUYTS, «Quelques problèmes récents de mise en œuvre des articles 17 et 5, 1°, de la Convention de Bruxelles de 1968», *R.G.D.C.*, 1996, pp. 137 et s., spéc. pp. 143 et s., n° 8 et s.; E. TICHADOU, «Conventions internationales unifiant le droit matériel et détermination du lieu d'exécution au sens de l'article 5, 1°, de la Convention de Bruxelles», *Rev. trim. dr. eur.*, 1995, p. 87; B. DE GROOTE, «Art. 5 sub 1 EEX-Verdrag: problematiek van de bepaling van de plaats waar de verbintenissen die aan de eis ten grondslag ligt is uitgevoerd of moet worden uitgevoerd», *A.J.T.*, 1996-97, pp. 252 et s.

(28) C.J.C.E., 29 juin 1994, aff. C-288/92, *Rec.*, p. I-1913, point 18.

(29) Outre la question, examinée ici, de savoir s'il est cohérent d'écarter la désignation d'un lieu d'exécution sans rattachement avec le contrat uniquement lorsqu'elle émane des parties (*MSG*), et non lorsqu'elle dérive de la *lex causae* (*Custom Made Commercial*), relevons que l'on peut aussi s'interroger sur la pertinence de la différence qui est faite concernant l'obligation prise en considération: lorsqu'il s'agit d'un créancier de dommages-intérêts (*MSG*), l'obligation retenue est celle dont l'inexécution ou la mauvaise exécution est à la base de la demande (solution consacrée par l'arrêt *De Bloos*, 6 octobre 1976, aff. 14/76, *Rec.*, p. 1497), alors que dans le cas du créancier du prix de vente, l'obligation retenue est celle de payer le prix (*Custom Made Commercial*). Pour une critique de cette distinction, voy. notam. E. TICHADOU, *Rev. trim. dr. eur.*, 1995, pp. 101 et s., n° 23 et s., et les références.

(30) H. GAUDEMET-TALLON, *Rev. crit. d.i.p.*, 1997, p. 576.

parties (ou de l'une d'elle), à conférer une compétence judiciaire se pose uniquement dans le cadre de l'article 17. Si cette disposition parle de désignation «d'un tribunal ou des tribunaux d'un Etat contractant», on admet que ce critère d'application doit s'interpréter de manière libérale<sup>31</sup>. L'arrêt *MSG* décide dès lors à juste titre, à notre avis, que l'accord sur le lieu d'exécution qui vise en réalité à établir un lieu de for déterminé doit être interprété comme une convention attributive de juridiction<sup>32</sup>. La circonstance que le lieu d'exécution désigné soit fictif (et qu'il soit par conséquent inopérant pour l'application de l'article 5, 1<sup>o</sup>) peut le cas échéant constituer un indice de la volonté des parties. On peut cependant regretter que l'arrêt *MSG* érige cet indice en présomption irréfutable d'existence d'une clause attributive de juridiction. Il se peut très bien que les parties n'aient pas envisagé la compétence juridictionnelle, mais uniquement, par exemple, la compétence législative<sup>33</sup>. A l'inverse, il se peut que la désignation d'un des lieux d'exécution effectif révèle de manière certaine la volonté des parties d'attribuer une compétence juridictionnelle.

Lorsqu'il est établi que la désignation du lieu d'exécution vise à attribuer une compétence judiciaire, elle doit logiquement, comme le décide l'arrêt *MSG*, répondre aux exigences de forme de l'article 17. On peut ajouter qu'elle doit aussi, à notre sens, répondre à la condition de porter sur des «différends nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé»<sup>34</sup>. Enfin, le litige doit relever du champ d'application de la clause<sup>35</sup>. Si l'ensemble de ces exigences sont rencontrées, la clause produira tous les effets prévus par l'article 17, y compris, en principe, celui qui consiste à donner une compétence exclusive aux tribunaux désignés<sup>36,37</sup>. S'il s'agit, en revanche, de faire jouer l'article 5, 1<sup>o</sup> – ce qui suppose que le lieu d'exécution désigné soit

effectif – la clause ne sera pas soumise aux exigences de forme de l'article 17, et elle aura pour seul effet de conférer une compétence optionnelle au profit du demandeur<sup>38</sup>.

## B. – Lieu d'occupation habituelle du travailleur

9. – Par l'arrêt *Rutten c. Cross Medical*<sup>39</sup>, la Cour de justice se prononce pour la première fois sur la règle de compétence spéciale en matière de contrat de travail introduite par la Convention d'adhésion de San Sebastian du 26 mai 1989<sup>40</sup>. L'article 5, 1<sup>o</sup>, a été complété à cette occasion pour prévoir, en matière de contrat de travail, la possibilité d'attribuer le défendeur devant le tribunal du lieu «où le travailleur accomplit habituellement son travail». Ce nouveau texte consacre la jurisprudence de la Cour de justice<sup>41</sup>, qui avait déjà admis qu'en matière de contrat de travail, par dérogation aux contrats en général, l'obligation à prendre en considération, pour l'application de l'article 5, 1<sup>o</sup>, est l'obligation caractéristique du contrat, c'est-à-dire «celle du lieu d'accomplissement du travail». S'inspirant de la Convention de Rome de 1980 et de celle de Lugano de 1988<sup>42</sup>, la Convention de San Sebastian ajoute une règle subsidiaire, absente de la jurisprudence antérieure de la Cour de justice: «Lorsque le travailleur n'accomplit pas habituellement son travail dans un même pays, l'employeur peut être également attiré devant le tribunal du lieu où se trouve ou se trouvait l'établissement qui a embauché le travailleur.»

Appelée à interpréter l'ancienne version de l'article 5, 1<sup>o</sup>, la Cour de justice avait jugé, le 13 juillet 1993 (arrêt *Mulox*<sup>43</sup>), que «lorsque l'accomplissement du travail confié au salarié s'étend sur le territoire de plusieurs Etats contractants, il importe de localiser l'exécution de l'obligation contractuelle [...] au lieu où ou à partir duquel le travailleur s'acquitte

principalement de ses obligations à l'égard de son employeur» (point 24). Pour la plupart des commentateurs, la portée de cet arrêt devait être limitée dans le temps: dans le cas où, comme dans l'affaire *Mulox*, le travail est dispersé dans différents Etats, la compétence du juge du lieu d'occupation principal du travailleur devait être remplacée, dès l'entrée en vigueur de la Convention de San Sebastian, par la règle subsidiaire précitée, désignant le tribunal de l'établissement d'embauche<sup>44</sup>. Prenant quelques libertés avec le nouveau texte de San Sebastian<sup>45</sup>, la Cour de justice a décidé, au contraire, dans l'arrêt *Rutten* (précité), que sa jurisprudence antérieure, et spécialement celle de l'arrêt *Mulox*, «est également pertinente pour les besoins de l'interprétation de l'article 5, 1<sup>o</sup>, tel que modifié par la Convention de San Sebastian»<sup>46</sup>. L'arrêt *Rutten* confirme la règle selon laquelle, lorsque le travail est dispersé dans différents Etats, il est encore possible de recourir au chef de compétence du lieu d'occupation du travailleur. Il consacre d'ailleurs un rattachement encore plus centralisateur que celui du lieu d'occupation principal qui avait été retenu par l'arrêt *Mulox*: selon le dispositif de l'arrêt *Rutten*, le lieu où le travailleur accomplit habituellement son travail, au sens de l'article 5, 1<sup>o</sup>, est celui «où le travailleur a établi le centre effectif de ses activités professionnelles». La Cour ajoute que «pour la détermination concrète de ce lieu, il convient de prendre en considération la circonstance que le travailleur accomplit la majeure partie de son temps de travail dans un des Etats contractants où il a un bureau à partir duquel il organise ses activités pour le compte de son employeur et où il retourne après chaque voyage professionnel à l'étranger» (dispositif).

L'arrêt *Rutten* devrait rendre exceptionnelle la compétence du tribunal de l'établissement d'embauche<sup>47</sup>. Il sera rare, en effet, que les juridictions nationales – habilitées à prendre en considération tous les éléments de fait pertinents de l'espèce<sup>48</sup> – ne parviennent pas à localiser un centre effectif des activités professionnelles du travailleur<sup>49</sup>. Dans ses conclusions précédant l'arrêt *Mulox*, l'avocat général Jacobs avait expressément écarté le critère du lieu d'embauche, ce critère présentant à ses yeux l'inconvénient de permettre «d'accorder la compétence aux tribunaux d'un pays dans lequel il n'a jamais été question d'exécuter une obligation résultant du contrat» (point 35). Confirmant sa position dans l'arrêt *Rutten*, l'avocat général souligne que le critère du lieu d'embauche risque de

(31) H. GAUDEMET-TALLON, *Les Conventions de Bruxelles et de Lugano*, 2<sup>e</sup> éd., p. 81, n° 112. L'interprétation libérale de ce critère se retrouve notamment dans l'arrêt du 9 novembre 1978, *Meeth c. Glacetal*, aff. 23/78, *Rec.*, p. 2133 (possibilité de conférer compétence aux tribunaux de plusieurs Etats).

(32) *Contra*, A. HUET, *Clunet*, 1997, p. 634.

(33) Dans l'affaire *MSG*, l'objectif juridictionnel de la désignation du lieu d'exécution ne prêtait pas à discussion: «Le lieu d'exécution et celui du for auquel toute compétence est attribuée est Würzburg.»

(34) Sur cette condition, qui figure dans le texte de l'article 17, voy. H. GAUDEMET-TALLON, *Les Conventions de Bruxelles et de Lugano*, 2<sup>e</sup> éd., p. 92, n° 127.

(35) Voy. l'arrêt *Benincasa*, examiné *infra*, n° 21.

(36) Comp. A. HUET, *Clunet*, 1997, p. 634.

(37) Nous n'aborderons pas ici la controverse sur le point de savoir si les parties peuvent convenir de la compétence non exclusive du tribunal ou des tribunaux d'un Etat contractant. Sur cette question, voy. A. BRIGGS et P. REES, *Civil Jurisdiction and judgments*, 2<sup>e</sup> éd., 1997, p. 73, n° 3.93, et les références, notamment à la décision anglaise *Kurz c. Stella Musica, Ch.*, 1992, p. 196. Dans l'affaire *MSG*, la clause désignant le lieu d'exécution avait certainement pour objectif, étant donné son libellé («toute compétence», voy. *supra*, n° 7), de conférer une compétence exclusive, de sorte que la question de la compétence non exclusive ne se posait pas.

(38) Voy. H. BORN, «Le régime général des clauses attributives de juridiction dans la Convention de Bruxelles», *J.T.*, 1995, p. 356, n° 16.

(39) C.J.C.E., 9 janvier 1997, *Petrus Wilhelmus Rutten c. Cross Medical Ltd*, aff. C-383/95, *Rec.*, p. I-57; *Rev. crit. d.i.p.*, 1997, p. 336, note H. GAUDEMET-TALLON; note J.-M. BISCHOFF, *Clunet*, 1997, p. 635; note I. COUWENBERG, *R.W.*, 1997-1998, p. 26; A. NUYTS, «Le détachement et le transfert des travailleurs dans l'Union européenne», in *Compétence internationale et effets des jugements en Europe – Les Conventions de San Sebastian et de Lugano*, à paraître.

(40) Si cette Convention n'est entrée en vigueur en Belgique que le 1<sup>er</sup> octobre 1997, elle avait déjà été ratifiée depuis plusieurs années par d'autres Etats contractants.

(41) C.J.C.E., *Ivenel*, aff. 133/81, *Rec.*, p. 1891; C.J.C.E., 15 janvier 1987, *Shenavai*, aff. 266/85, *Rec.*, p. 239; C.J.C.E., 15 février 1989, *Six Constructions*, aff. 32/88, *Rec.*, p. 341.

(42) A la différence de la Convention de San Sebastian, la Convention de Lugano permet aussi bien à l'employeur qu'au salarié demandeur de saisir le tribunal du lieu où se trouve l'établissement d'embauche, dans le cas où le travailleur n'est pas occupé habituellement dans un pays. Voy. G.A.L. DROZ, *Rev. crit. d.i.p.*, 1990, pp. 8 et s.

(43) Aff. C-125/92, *Rec.*, p. I-4075; *J.T.D.E.*, 1993, p. 37.

(44) H. TEBBENS, *Chronique*, *J.T.D.E.*, 1995, p. 219; J.-M. BISCHOFF, *Clunet*, 1994, p. 544; J. BRAUW, «Niet-uitsluitende bevoegdheidsgroonden», in *Europese IPR-verdragen*, 1997, p. 93; Antonmattèi, *Jurisclasser*, *Droit international*, fasc. 573-20, n° 37; H. GAUDEMET-TALLON, *Les Conventions de Bruxelles et de Lugano*, 2<sup>e</sup> éd., pp. 122 et 123, n° 167 et note 60.

(45) J.-M. BISCHOFF, *Clunet*, 1997, p. 635.

(46) Point 19. La Cour insiste sur la nécessité de déterminer «le lieu avec lequel le litige présente le lien de rattachement le plus significatif» (point 22).

(47) J.-M. BISCHOFF, *Clunet*, 1997, p. 635.

(48) Arrêt *Rutten*, point 25.

(49) Voy. J.-M. BISCHOFF, *Clunet*, 1997, p. 636.

désigner un tribunal qui ne présente pas de véritable lien avec le litige (point 37).

10. — L'interprétation donnée dans l'affaire *Rutten* ne vaut que «dans l'hypothèse d'un contrat de travail en exécution duquel le salarié exerce ses activités dans plus d'un État contractant» (dispositif). Ce motif limite la portée de l'arrêt à plusieurs titres<sup>50</sup>. Premièrement, le «centre effectif des activités» n'intervient que dans l'hypothèse où le travailleur est occupé sur le territoire de «plus d'un État». Il sera donc inutile de recourir à ce critère dans le cas où le travailleur accomplit toutes ses prestations professionnelles, pour le compte d'un premier employeur, sur le territoire d'un seul État, même s'il est par ailleurs occupé au service d'un second employeur dans un autre État. Deuxièmement, la référence donnée par la Cour à l'occupation dans plus d'un État «contractant» paraît exclure la prise en compte des activités du travailleur qui se déroulent sur le territoire d'États non contractants<sup>51</sup>. Enfin, troisièmement, l'enseignement qui se dégage des arrêts *Rutten* et *Mulox* ne paraît concerner que l'hypothèse du salarié qui exerce ses activités de manière régulière sur le territoire d'États différents. Cette interprétation trouve une confirmation dans les conclusions de l'avocat général, qui traite du cas du travailleur «qui voyage dans plusieurs États différents» (point 34), ce qui vise notamment le cas du représentant de commerce. Demeure dès lors ouverte la question de savoir si cet enseignement s'étend au cas du travailleur qui, engagé pour travailler dans un État, est transféré ou détaché ultérieurement pour effectuer toutes ses prestations sur le territoire d'un autre État contractant<sup>52</sup>.

### C. — Lieu de survenance du dommage

11. — À l'origine, l'action en responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle se présentait comme un moyen d'assurer la sanction d'actes générateurs de dommages; il n'en va plus ainsi aujourd'hui. Il ne s'agit pas seulement d'indemniser les victimes, mais parfois de prévenir les dommages, voire même d'affirmer des droits<sup>53</sup>. Une telle évolution se manifeste par une spécification de plus en plus poussée des règles de conflit de lois propres à chaque type de délits spéciaux comme les actes de concurrence déloyale ou les atteintes à la personne humaine. De telles considérations n'ont pas été prises en compte lors de l'élaboration des règles de la Convention de Bruxelles, qui a conservé à l'article 5, 3°, le critère traditionnel de rattachement du lieu de la commission du fait dommageable, quels

que soient en principe les délits visés. L'on sait que c'est à l'occasion d'une affaire de pollution fluviale transfrontalière que la Cour de Luxembourg a défini l'expression «lieu où le fait dommageable s'est produit». Soucieuse d'une composition acceptable des intérêts opposés en cause, ceux de l'auteur de l'acte générateur et ceux de la victime, elle a décidé que ce lieu «vise à la fois le lieu où le dommage est survenu et le lieu de l'événement causal»<sup>54</sup>. Il a été en effet soutenu que les éléments de localisation en balance pouvaient chacun «selon le cas constituer un rattachement significatif au point de vue de la compétence judiciaire» (point 15). Il a été, en outre, constaté que la référence au seul lieu de l'événement causal aurait conduit dans un grand nombre d'hypothèses à assigner dans l'État du domicile du défendeur, privant ainsi l'article 5, 3°, de son effet utile. Les circonstances de l'espèce de l'arrêt *Mines de potasse d'Alsace* étaient relativement simples: le fait générateur causé par une seule personne s'était produit dans un État (France), alors que le dommage unique, ressenti par une seule personne, s'était réalisé sur le territoire d'un autre pays (les Pays-Bas). Le lieu de l'acte illicite et le domicile de l'auteur coïncidaient (France); il en allait de même du lieu du dommage et du domicile de la victime (Pays-Bas).

La Cour semblait, dans cet arrêt, vouloir donner à l'article 5, 3°, une portée aussi large que possible. Aussi a-t-elle été amenée à donner son interprétation dans des cas de responsabilités plus complexes, comme celles résultant de délits commis par voie de presse où le risque d'une atomisation de la compétence internationale est inévitable. Elle a néanmoins décidé dans l'arrêt *Shevill*<sup>55</sup> que la victime conserve le choix d'assigner devant le tribunal du lieu où le dommage est survenu. Il s'agit, pour la Cour, de tous les États où la publication diffamatoire a été diffusée et où la victime prétend avoir subi une atteinte à sa réputation limitée à la réparation du dommage survenu dans le ressort du tribunal. Cette limitation de compétence se justifie par l'exigence d'un lien de rattachement entre la contestation et le for saisi, notamment du point de vue de la preuve et de l'organisation du procès<sup>56</sup>. Mais la victime peut aussi assigner devant le tribunal de l'événement causal à l'origine du dommage, ce lieu étant, aux yeux de la Cour, celui du siège de l'éditeur de la publication diffamatoire. L'espace limité de la présente chronique ne nous permet pas de revenir dans le détail sur la solution donnée par la Cour dans la matière particulière de l'atteinte à la vie privée par la voie des médias. Relevons seulement qu'à juste titre, plusieurs auteurs ont souligné le caractère ambigu de la notion de diffusion, celle-ci constituant le dernier événement causal par lequel se concrétise le dommage. La même remarque vaut pour le lieu de l'édition, qui constitue à la fois le lieu de l'acte générateur et celui où le

préjudice est réalisé en premier<sup>57</sup>. Si les problèmes posés dans ces deux affaires soulèvent des difficultés particulières, elles peuvent cependant être rapprochées. Dans les deux cas, il y a au moment même de la commission du fait délictuel dissociation dans l'espace de l'événement causal et du préjudice, qui se réalise immédiatement. Dans l'affaire *Mines de potasse d'Alsace*, celui-ci se manifeste dans un seul État, alors que dans l'arrêt *Shevill*, le dommage causé à la victime est fractionné et subi en même temps dans plusieurs États. En revanche, la Cour va refuser le recours à l'option en cas de dommage en cascade ou par ricochet, conséquence du dommage subi par les victimes directes du fait générateur<sup>58</sup>. La Cour a clairement exprimé à cette occasion que la notion de lieu où le dommage est survenu vise celui «où le fait causal, engageant la responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle, a produit directement ses effets dommageables à l'égard de celui qui en est la victime immédiate». Elle marquait ainsi son hostilité à la prise en considération des conséquences financières ultérieures, en faisant référence au lieu où s'est manifesté le dommage initial<sup>59</sup>.

12. — La Cour de Luxembourg a adopté la même attitude à propos du délicat problème du préjudice différé, dans l'arrêt *Marinari* du 19 septembre 1995<sup>60</sup>. En l'espèce, l'événement causal (le comportement des employés d'une banque) et le dommage initial (l'arrestation et le procès de la victime, ainsi que la mise sous séquestre de ses billets à ordre) s'étaient produits en Angleterre, alors que le préjudice consécutif allégué (la diminution de son patrimoine) s'était réalisé en Italie. Après avoir rappelé la formule de l'arrêt *Mines de potasse d'Alsace*, la Cour précise que l'expression «lieu où le dommage est survenu» ne saurait être interprétée «de façon extensive au point d'englober tout lieu où peuvent être ressenties les conséquences préjudiciables d'un fait ayant déjà causé un dommage effectivement survenu dans un autre lieu». Elle décide dès lors que c'est le lieu «où est survenu et subi le dommage» initial qui sert de fondement à la compétence de l'article 5, 3°, à l'exclusion du lieu du préjudice financier consécutif «subi» dans un autre État<sup>61</sup>.

(57) P. BOUREL, *op. cit.*, p. 356; H. GAUDEMET-TALLON, *Les Conventions de Bruxelles et de Lugano*, 2<sup>e</sup> éd., p. 140, n° 193.

(58) C.J.C.E., 11 janvier 1990, *Dunez*, aff. 220/88, *Rec.*, p. 49.

(59) Concl. Darmon précédant l'arrêt *Marinari*, point 29.

(60) C.J.C.E., 19 septembre 1995, *Marinari c. Lloyds Bank et Zubaidi Trading Company*, aff. 364/93, *Rec.*, p. 1-2719; *R.D.C.*, 1996, p. 832; *J.T.D.E.*, 1995, p. 208; *Rev. not.*, 1996, p. 134; note I. COUWENBERG, *R.W.*, 1995-1996, p. 892; *Cah. dr. eur.*, 1997, p. 218, obs. H. TAGARAS.

(61) Relevons que pour l'interprétation de l'article 5, 3°, le gouvernement allemand soutenait qu'il fallait prendre en considération le droit applicable à la responsabilité extracontractuelle. Comme elle l'a fait dans l'arrêt *Shevill*, la Cour rappelle que la Convention de Bruxelles a pour seul objet la détermination des juridictions compétentes, sans que celle-ci soit liée aux dispositions nationales relatives aux conditions de fond de la responsabilité. Elle semble ainsi vouloir limiter la compétence de la *lex causae* à l'hypothèse de l'article 5, 1°.

(50) Voy. A. NUYTS, précité.

(51) Le rapport sur la Convention de San Sebastian préconisait, en revanche, par souci de protection du travailleur, la prise en compte du travail «exécuté, totalement ou partiellement, en dehors du territoire de la Communauté» (Rapport ALMEIDA CRUZ/DESANTES REAL/JENARD, *J.O.C.E.*, 28 juillet 1990, C189/45).

(52) Sur cette question, voy. l'étude à paraître de A. NUYTS, précitée.

(53) P. BOUREL, «Du rattachement de quelques délits spéciaux en droit international privé», *Rec. Cours La Haye*, 1989, II, p. 291.

(54) C.J.C.E., 30 novembre 1976, *Mines de potasse d'Alsace*, aff. 21/76, *Rec.*, p. 1735.

(55) C.J.C.E., 7 mars 1995, *Shevill*, aff. 68/93, *Rec.*, p. 460; Chronique de M. TEBBENS, *J.T.D.E.*, 1995, p. 220, n° 14 à 16.

(56) P. BOUREL, *op. cit.*, p. 355.



Arrêtons-nous quelques instants à la terminologie utilisée par la Cour: «lieu où est survenu et subi» le dommage initial, «lieu où est subi» le dommage financier consécutif (arrêt *Marinari*), «lieu où s'est manifesté le dommage (initial) subi» (arrêt *Dumez*), «lieu où le dommage est survenu» (arrêt *Mines de potasse d'Alsace*). Si l'on s'en tient au plan grammatical, des conséquences peuvent-elles être tirées de la référence aux verbes «survenir» ou «subir»? Dans ses conclusions précédant l'arrêt *Marinari*, l'avocat général Darmon précise que «conférer compétence à la juridiction dans le ressort de laquelle les pertes patrimoniales ont été constatées reviendrait à méconnaître la spécificité du lieu de survenance en tant que critère attributif de compétence en lui assimilant celui où le dommage est subi»<sup>62</sup>. Le lieu où le dommage est survenu signifie le lieu de la création du dommage, le verbe «survenir» se définissant comme «se produire, arriver de façon inattendue et souvent accidentelle». On s'attache à la manifestation du préjudice. Le lieu où le dommage est «subi» souligne par contre la soumission «à l'action d'une chose, d'un fait à laquelle on ne peut échapper», ce qui implique une certaine sujétion dans le temps; l'accent est mis sur la victime (qui subit le dommage). M. Kerameus<sup>63</sup> a relevé qu'une telle distinction «implique la possibilité des dommages sans victimes, en d'autres termes des dommages qui prétendent exister tels quels, sans référence nécessaire à un sujet donné qui est appelé à en supporter le préjudice. Mais la notion même de dommage, comme d'ailleurs de tout droit patrimonial, présuppose nécessairement le lieu du dommage avec un certain sujet qui en est la victime». Il faut en réalité distinguer le lieu où est survenue la première manifestation matérielle du dommage<sup>64</sup> et le lieu même des conséquences ou de l'aggravation du dommage initial, qu'il s'agisse du dommage différé dont se prévaut la victime directe (arrêt *Marinari*) ou du dommage qu'invoque la victime par ricochet (arrêt *Dumez*). On songe à l'hypothèse fréquente d'un accident de la circulation routière produit dans un État où la victime reçoit les premiers soins ou est hospitalisée, puis retourne dans son pays d'origine où elle est frappée d'une incapacité de travail pendant plusieurs mois ou décède des suites de l'accident. Le dommage est survenu dans l'État où l'accident a eu lieu; il se poursuit dans l'État du domicile de la victime.

Si l'on suit l'enseignement des arrêts *Dumez* et *Marinari*, l'article 5, 3°, ne désigne dans notre cas que le tribunal du lieu de la réalisation immédiate du dommage, à l'exclusion du tribunal du lieu (ou des lieux) où sont survenues ses conséquences. Il faudrait dès lors accepter de ne voir dans l'utilisation cumulative par la Cour des termes «survenu» et

«subi», comme l'a suggéré H. Tagaras<sup>65</sup>, que le souci de mieux définir le concept de dommage initial, sous le double angle objectif de la matérialité du dommage et subjectif de la victime. En d'autres termes, la notion de lieu où le dommage est survenu doit être comprise, aux yeux de la Cour, comme étant le lieu où se concrétise la première manifestation matérielle du dommage subi par la victime au moment de la réalisation de l'événement causal. Ainsi entendue, l'option offerte par l'arrêt *Mines de potasse d'Alsace* se trouve enfermée dans des limites très strictes dès que le dommage n'est pas instantané.

13. — L'arrêt *Marinari* doit être regardé comme le prolongement de l'arrêt *Dumez*<sup>66</sup>. Tous les deux portent sur l'hypothèse d'un dommage initialement produit au lieu même de l'événement causal, qui se prolonge dans le temps dans un autre pays<sup>67</sup>. Mais dans l'affaire *Marinari*, le préjudice immédiat (arrestation de M. Marinari et séquestration de ses biens) et prolongé (pertes financières) était subi dans son intégralité par la victime directe de l'événement causal (comportement des employés de la banque). En revanche dans l'arrêt *Dumez*, la victime se prévalait d'un dommage indirect (diminution de patrimoine), qui n'était pas le dommage initialement causé à la victime directe (pertes financières et déconfiture) et qui n'en constituait pas une continuation ou une manifestation différée. Dans les deux affaires, les arguments développés par la Cour pour rejeter le for du lieu du dommage par ricochet ou prolongé sont identiques. Est d'abord exprimé le souci de n'accepter de dérogation à la règle de l'article 2 de la Convention de Bruxelles que s'il existe un lien de rattachement particulièrement étroit entre la contestation et la juridiction saisie<sup>68</sup>. C'est l'idée de proximité chère à Paul Lagarde. Il ne s'agit pas ici de désigner la loi avec laquelle l'affaire a les liens les plus étroits, mais de saisir le juge «proche des faits», le mieux placé pour connaître du litige (sur le plan de la recherche des preuves, de la connaissance des usages propres à tel milieu). Les objectifs poursuivis au nom «d'une bonne organisation de la justice et de l'organisation utile du procès» tendent à assurer la meilleure adéquation possible entre le choix du for et le fonctionnement rationnel de la justice.

À cet égard, la Cour avait renoncé, dans l'arrêt *Mines de potasse d'Alsace*, à choisir lequel des tribunaux de l'événement causal (mieux à même de vérifier l'existence de l'illicéité de l'acte générateur) ou du dommage (mieux placé pour apprécier la nature et l'étendue du préjudice) est le plus proche du litige. Mais dès que l'un ou l'autre des éléments de la responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle se décompose lui-même dans l'espace, la poursuite de la recherche de la proximité risque de provoquer une démultiplication exces-

sive des compétences, ce qui est contraire à l'esprit de la Convention<sup>69</sup>. Avec l'inconvénient, dans le cas qui nous occupe, que le juge du lieu du préjudice différé ne pourrait connaître que de la réparation des suites du dommage initial réalisé dans son ressort, sans considération du dommage immédiat, et inversement<sup>70</sup>. Sans doute est-ce cette crainte qui avait incité la Cour, dans l'arrêt *Dumez*, à privilégier le lieu du dommage initial, qui présente un «rapport étroit avec les autres éléments constitutifs de la responsabilité alors que tel n'est pas le cas, le plus souvent, du domicile de la victime indirecte» (point 21). La multiplication des fors délictuels avec le risque de contrariété de décisions n'a pourtant pas empêché la Cour de maintenir l'option de compétence en faveur de la victime de diffamations internationales commises par voie de presse, où l'argument de l'éclatement des compétences n'est pas théorique!

14. — Le rejet du for des conséquences financières ultérieures reflète aussi la préoccupation de la Cour de ne pas privilégier systématiquement le *forum actoris*, à propos duquel la Convention de Bruxelles a manifesté sa défaveur en écartant, en son article 3, alinéa 2, l'application des règles nationales prévoyant un tel for comme l'article 638 du Code judiciaire belge<sup>71</sup>. *Horror fori actoris*<sup>72</sup>. La Cour a pourtant admis la compétence du for du demandeur, dans l'arrêt *Custom Made Commercial* (cité *supra*, n° 8), en matière contractuelle, pour les actions en paiement du prix qui a lieu à l'établissement du vendeur lorsque les Conventions de La Haye du 1<sup>er</sup> juillet 1964 ou de Vienne du 11 avril 1980 sont applicables. Et il ne faut pas oublier qu'en matière de responsabilité, le demandeur c'est la victime. Aussi, dans ses conclusions précédant l'arrêt *Mines de potasse d'Alsace*, l'avocat général Capotorti avait-il soutenu que le tribunal du lieu du dommage devait être seul compétent, car la partie lésée, réputée la plus faible, apparaît la plus digne de protection. On fait valoir que si les auteurs de la Convention avaient eu pour souci la protection de la victime à l'article 5, 3°, ils auraient inclus le *forum actoris* parmi les fors offerts au demandeur comme ils l'ont fait dans le domaine des aliments (article 5, 2°) et des contrats de consommateurs (art. 13 et 14). Mais nous savons que si les travailleurs ne bénéficiaient pas à l'origine d'un statut privilégié, cette «absence» n'a pas empêché la Cour d'interpréter de manière particulière l'article 5, 1°, quand il s'agit des contrats de travail, dans le souci manifeste de protéger les travailleurs (*supra*, n° 9). Il nous paraît d'ailleurs incontestable que les objectifs de l'article 5, 3°, procèdent de la volonté de protéger la victime. Il s'agit soit de lui faciliter l'obtention des preuves du délit (ce qui incline vers le lieu où s'est produit l'événement causal), soit de lui éviter un déplacement coûteux au domicile du défendeur (ce qui plaide en faveur du lieu où

(62) Point 30; comp. concl. précédant l'arrêt *Dumez*, point 24.

(63) K. KERAMEUS, «La compétence internationale en matière délictuelle dans la Convention de Bruxelles», *Trav. com. fr. d.i.p.*, 1991-1992 et 1992-1993, p. 259.

(64) Arrêt *Mines de potasse d'Alsace*, points 15 et 19.

(65) H. TAGARAS, *Cah. dr. eur.*, 1997, p. 224.

(66) Concl. Darmon précédant l'arrêt *Marinari*, point 37.

(67) Alors que dans l'arrêt *Mines de potasse d'Alsace*, le fait générateur et le dommage étaient dès le départ localisés séparément dans deux pays.

(68) Arrêt *Dumez*, point 17; arrêt *Marinari*, point 9.

(69) Concl. Darmon précédant l'arrêt *Marinari*, points 35 et 36.

(70) P. BOUREL, *op. cit.*, p. 370; comp. la solution de l'arrêt *Shevill* précité.

(71) Arrêt *Marinari*, point 13.

(72) K. KERAMEUS, *op. cit.*, p. 258.

la victime subit le dommage). Ce qui relève de la notion de bonne administration de la justice<sup>73</sup>. La Cour de Luxembourg a néanmoins refusé à la victime cet avantage de saisir les juridictions qui lui sont familières quand il s'agit de réparer un préjudice différé. Sans doute considère-t-elle, à tort, que sa protection ne devrait être au centre de l'interprétation de l'article 5, 3°, qu'en cas de pollutions transfrontalières ou de délits commis par voie de presse en raison de la gravité des conséquences qu'ils entraînent pour les victimes, conséquences trouvant leur source dans l'activité d'entreprises puissantes.

#### D. – Notion de créancier d'aliments

15. – Nous avons rappelé que si le premier arrêt de *Cavel* avait fait douter de l'appartenance des obligations alimentaires au champ d'application de la Convention de Bruxelles, le second arrêt de *Cavel* avait dissipé ces doutes (*supra*, n° 3). L'article 5, 2° – qui donne au créancier d'aliments la possibilité d'attirer le défendeur devant le tribunal du lieu où ce créancier d'aliments a son domicile ou sa résidence – confirme cette appartenance. C'est l'une des dispositions conventionnelles qui n'avait pas encore donné lieu à une interprétation par la Cour de justice. C'est chose faite<sup>74</sup>. Mais ainsi que l'a signalé G.A.L. Droz, la question n'aurait pas dû être posée<sup>75</sup>. Il s'agissait de savoir si l'expression «créancier d'aliments» désigne tout demandeur d'aliments ou seulement la personne dont la qualité de créancier d'aliments a été reconnue par une décision antérieure. Bref, il était demandé si pour obtenir en justice des aliments, le demandeur doit au préalable obtenir un jugement condamnant le défendeur à payer des aliments! Il est vrai que le juge irlandais, à l'origine de la question préjudicielle, se trouvait confronté au texte du Jurisdiction of Courts and Enforcement of Judgements (European Communities) Act 1988 qui donne force de loi à la Convention de Bruxelles en Irlande. Ce texte paraissait présenter une divergence avec celui de l'article 5, 2°. L'article 1<sup>er</sup> de cette loi prévoit, en effet, que «le terme 'créancier d'aliments' (*maintenance creditor*) désigne, dans le contexte d'une *maintenance order* ('jugement en matière d'aliments'), la personne qui a droit aux paiements prévus par l'ordonnance en question»<sup>76</sup>. En outre, l'article 20 des District Court (Jurisdiction of Courts and Enforcement of Judgements [European Communities] Act 1988) Rules 1988 se réfère à la demande introduite au titre de l'article 5, 2°, de la Convention «en vue d'obtenir la modification d'une *maintenance order*»<sup>77</sup>. Il est certain que si le champ d'application de la loi irlandaise

de 1988 se limite à l'exécution des décisions<sup>78</sup>, le terme «créancier d'aliments» désigne évidemment la personne qui s'est vu octroyer des aliments par la décision d'origine. C'est en ce sens qu'il faut lire la règle de compétence indirecte organisée à l'article 3 de la Convention de La Haye du 15 avril 1958, concernant la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière d'obligations alimentaires envers les enfants<sup>79</sup>. Les tribunaux ayant rendu la décision sont compétents, au sens de la Convention, si le débiteur ou le créancier d'aliments avait sa résidence habituelle dans l'État d'origine lors de l'introduction de l'instance. Ce dernier est supposé être le mieux placé pour connaître des besoins du créancier.

La question de l'interprétation de l'expression «créancier d'aliments» a été posée à la Cour dans le cadre d'un litige opposant M<sup>me</sup> Farrell, mère célibataire d'un enfant domicilié en Irlande, à M. Long, marié et domicilié en Belgique, dont elle affirmait qu'il était le père de son enfant. Son action tendant à l'octroi d'une pension alimentaire au bénéfice de l'enfant avait été introduite devant les juridictions irlandaises, sur la base de l'article 5, 2°. M. Long soutenait entre autres que la qualité de «créancier d'aliments» visée à cette disposition concerne exclusivement une personne qui a déjà obtenu un jugement en matière d'aliments et non une personne qui, comme c'était le cas en l'espèce, sollicite pour la première fois une telle décision. Si la Cour avait adopté la thèse de M. Long, seules seraient visées par l'article 5, 2°, l'action en fixation du montant d'aliments dont une première décision judiciaire aurait accepté le principe et l'action en modification d'un jugement antérieur. Ce qui réduirait considérablement le champ d'application de cette disposition, basée comme les autres règles de l'article 5, sur le principe de proximité: «C'est le tribunal du domicile du créancier d'aliments qui est le mieux à même de constater s'il se trouve dans le besoin et d'en déterminer l'étendue.» Et l'on a ajouté à cette compétence celle de la résidence habituelle qui permet «notamment à une épouse, abandonnée par son mari, d'attirer celui-ci en paiement de pension alimentaire non pas devant le juge du lieu du domicile légal mais devant celui où elle-même a sa résidence habituelle»<sup>80</sup>.

16. – La Cour a tenu compte de ces constatations dans la recherche d'une interprétation autonome, seule de nature à «renforcer la protection juridique des personnes établies dans la Communauté, en permettant à la fois au demandeur d'identifier facilement la juridiction qu'il peut saisir et, au défendeur, de prévoir raisonnablement celle devant laquelle il peut être attiré»<sup>81</sup>. La Cour relève aussi que

la finalité de l'article 5, 2°, est d'offrir une règle alternative de for au demandeur d'aliments, considéré comme la partie la plus faible; celle-ci doit, aux yeux de la Cour, l'emporter sur celle poursuivie à l'article 2 qui est de protéger le défendeur qui subit l'action (point 19). Il ne faut, en effet, pas oublier que les aliments revêtent pour le demandeur un caractère de particulière urgence à cause duquel il faut éviter que le débiteur arrive à se soustraire à son obligation ou en retarder la satisfaction. Il apparaît dès lors de bonne justice de lui épargner le temps et les frais d'une action à l'étranger<sup>82</sup>. Aussi la Cour déclare-t-elle que l'article 5, 2°, a vocation à s'appliquer à l'ensemble des actions engagées en matière alimentaire et que le terme «créancier d'aliments» vise tout demandeur, y compris celui qui intente pour la première fois une action en matière d'aliments. Elle n'a pas eu à se demander si le juge compétent pour connaître de l'instance en aliments l'était aussi pour connaître de la question préalable relative au lien de filiation. Dans ses observations, M. Long soutenait que l'action alimentaire était accessoire à la question de la paternité et que dès lors la deuxième phrase de l'article 5, 2°, était applicable; «S'il s'agit d'une demande accessoire à une action relative à l'état des personnes, devant le tribunal compétent selon la loi du for pour en connaître [...]». La juridiction nationale s'était, en l'espèce, limitée à interroger la Cour sur la première partie de l'article 5, 2°<sup>83</sup>.

17. – Il y a lieu de distinguer la question accessoire de la question préalable. La première est séparable de la question principale pour le traitement de la compétence internationale. Il est concevable que l'une relève de la Convention de Bruxelles (par exemple celle qui porte sur les aliments) et pas l'autre (l'instance en matière d'état). C'est ce qu'a dit la Cour dans l'arrêt de *Cavel II* (*supra*, n° 3). Le principe de la séparation donne toutefois lieu à une exception dans l'hypothèse visée à l'article 5, 2°, deuxième phrase: le juge compétent selon la législation nationale pour statuer sur la demande principale relative à l'état des personnes peut également connaître de la contestation accessoire portant sur les aliments. En revanche, les questions préalable – dont la solution est nécessaire pour trancher le litige – et principale sont liées<sup>84</sup>. Aussi le sort de la question préalable dépend-il, pour l'application de la Convention de Bruxelles, de l'objet – et uniquement de l'objet – de la question principale. Si celui-ci entre dans le domaine conventionnel (par exemple des aliments), la question préalable, quel que soit son objet, n'en sera pas exclue. Dans ce cas, la saisine du juge pour connaître de la question principale est fondée sur les règles de la Convention de Bruxelles, alors que celle relative à la question incidente portant sur l'état dépend des règles du for. Dans l'hypothèse inverse où la question principale concerne une matière exclue du champ d'application de la Convention de Bruxelles, alors que la question préalable est du domaine conventionnel, la Convention

(73) P. BOUREL, *op. cit.*, p. 363.

(74) C.J.C.E., 20 mars 1997, *Jackie Farrell c. James Long*, aff. 295/95, *Rec.*, p. I-1683; note I. COUWENBERG, *R.W.*, 1997-1998, p. 29; *Rev. crit. d.i.p.*, 1997, p. 594, note G.A.L. Droz.

(75) G.A.L. Droz, note précitée, p. 600.

(76) Concl. Léger dans l'affaire *Farrell*, points 18 et s.

(77) Concl. précitées de l'avocat général Léger, point 21.

(78) Voy. en ce sens, G.A.L. Droz, note précitée, *Rev. crit. d.i.p.*, 1997, p. 600; *contra*, l'avis plus nuancé de l'avocat général Léger dans les concl. précédant l'arrêt du 20 mars 1997, point 36.

(79) Voy. égal. l'article 7 de la Convention de La Haye, du 2 octobre 1973, concernant la reconnaissance et l'exécution des décisions relatives aux obligations alimentaires.

(80) P. JENARD, Rapport, *J.O.C.E.*, 1979, C 59, p. 25.

(81) Point 13; voy. les arrêts *Mulox* (point 11) et *Rutten* (point 13), cités *supra*, n° 9.

(82) Concl. Léger dans l'affaire *Farrell*, point 70.

(83) *Ibid.*, point 13.

(84) H. GAUDEMET-TALLON, *op. cit.*, p. 28, n° 41.

n'est pas applicable. Cette solution a été consacrée par la Cour de justice, dans l'arrêt du 25 juillet 1991<sup>85</sup>, dans la matière particulière de l'arbitrage qui est exclue par l'article 1<sup>er</sup>, alinéa 2. Il était demandé si cette exclusion s'appliquait à un litige ayant pour objet la désignation d'un arbitre et où se posait la question préalable de la validité de la convention d'arbitrage. La Cour a décidé, pour ce qui nous intéresse ici, que «si, par son objet [...] un litige est exclu du champ d'application de la Convention, l'existence d'une question préalable, sur laquelle doit statuer le juge pour trancher le litige, ne peut, quel que soit le contenu de cette question, justifier l'application de la Convention».

### E. – Notion de consommateur

18. – Les précieux avantages sur le plan juridictionnel accordés aux consommateurs par les articles 13 à 15 de la Convention supposent que soient clairement établis ceux qui peuvent en bénéficier. Interrogée sur l'ancienne version de l'article 13, qui ne visait que certains contrats de vente et de prêt à tempérament, la Cour avait décidé, par l'arrêt *Bertrand* du 21 juin 1978<sup>86</sup>, que la protection devait être réservée «aux acheteurs ayant besoin de protection, leur position économique étant caractérisée par leur faiblesse vis-à-vis des vendeurs, du fait qu'ils sont des consommateurs finals à caractères privés, non engagés [...] dans des activités commerciales ou professionnelles» (point 21). Cette solution fut reprise par la Convention d'adhésion de 1978, qui a élargi la protection à tous les contrats conclus par «une personne pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle». Interprétant ce texte, l'arrêt *Shearson Lehman Hutton*<sup>87</sup> a précisé que «la Convention ne protège le consommateur qu'en tant qu'il est personnellement demandeur ou défendeur dans une procédure»: le professionnel, cessionnaire du droit de créance du consommateur, ne peut donc invoquer la protection qui joue en faveur de ce dernier.

Tout en confirmant sans surprise sa jurisprudence antérieure, la Cour de justice apporte, dans l'arrêt *Benincasa*<sup>88</sup>, un certain nombre de précisions non dénuées d'intérêt. En l'espèce, M. Benincasa invoquait devant les tribunaux allemands la nullité du contrat de franchise qu'il avait conclu avec la société italienne Dentalkit, en vue de créer et d'exploiter un magasin à Munich. N'ayant pas encore commencé ses activités commerciales, M. Benincasa prétendait faire échec à la clause attributive de compétence aux tribunaux italiens contenue dans le contrat: il invoquait à cette fin, entre autres<sup>89</sup>, la qualité de consommateur, qu'il possédait apparemment en vertu de la législation allemande sur la consommation, qui protège le demandeur d'un crédit sollicité en vue de débiter une

activité nouvelle<sup>90</sup>. La Cour de justice n'a pas égard à cet élément tiré du droit interne: la notion de consommateur doit être interprétée, rappelle l'arrêt, «de façon autonome, en se référant principalement au système et aux objectifs de la Convention» (point 12). Se fondant sur le texte de l'article 13 et sur sa jurisprudence antérieure, la Cour précise que, selon la notion communautaire du consommateur – qui doit s'interpréter «de manière restrictive» (point 16) – sont seuls visés «les contrats conclus aux fins de satisfaire aux propres besoins de consommation privée d'un individu», ce qui exclut les «contrats ayant pour but une activité professionnelle» (point 17). Le contrat de franchise n'est donc pas visé par l'article 13: comme le relève l'avocat général, le franchisé est un «véritable commerçant indépendant, qui exploite son propre fonds de commerce et réalise des actes de commerce» (point 28). La Cour précise que la qualité de consommateur ne se détermine qu'en fonction d'un contrat déterminé<sup>91</sup>, ce qui est évidemment correct: cette qualité n'est pas acquise une fois pour toutes dans le chef d'une personne<sup>92</sup>. Plus intéressant est le motif de l'arrêt selon lequel il importe peu que l'activité professionnelle soit actuelle ou future: «Le caractère futur d'une activité n'enlève rien à sa nature professionnelle» (point 17).

19. – L'arrêt *Benincasa* prend nettement parti pour la conception dite subjective de la notion de consommateur: il faut avoir égard aux *buts* de la partie contractante, et donc scruter ses *intentions*, pour déterminer si le contrat a été conclu pour des *besoins de consommation privée* ou au contraire avec une *finalité professionnelle*<sup>93</sup>. Cette conception se retrouve dans plusieurs directives concernant la protection des consommateurs<sup>94</sup>, ainsi que dans la loi belge du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur<sup>95</sup>. Elle a fait l'objet de critiques dans la doctrine, qui souligne la difficulté qu'il y a à déterminer les véritables intentions des parties au moment de la conclusion du contrat: si un médecin achète des fauteuils de salon, comment déterminer *a priori* s'il en fera un usage privé ou professionnel<sup>96</sup>? Aussi a-t-on proposé de recourir à

un autre critère: l'application de la protection dépendrait de l'incompétence ou de l'ignorance du consommateur pour traiter sur un pied d'égalité avec le professionnel<sup>97</sup>. Cette conception est nettement rejetée par l'avocat général Colomer dans ses conclusions dans l'affaire *Benincasa*: «Il est vrai que les franchisés n'ont pas toujours l'expérience commerciale préalable, mais cela ne permet pas de qualifier l'activité dont il s'agit dans l'accord de franchise d'activité étrangère au secteur professionnel ou commercial» (point 49).

Nadine WATTÉ  
Professeur à l'U.L.B.,

Arnaud NUYTS  
Hakim BOULARBAH  
Assistants à l'U.L.B. et avocats

(La suite de la *Chronique* paraîtra dans la livraison du *J.T.D.E.* d'avril 1998)

(97) Voy. notam. J.-L. Fagnart, *op. cit.*, p. 28.

## JURISPRUDENCE

**Adoption d'une disposition nationale contraire à une directive avant l'expiration du délai de transposition – Violation du droit communautaire**

**C.J.C.E., 18 décembre 1997,  
Inter-Environnement Wallonie**

Siège: MM. Rodríguez Iglesias, Gulmann, Ragnemalm, Schintgen, Mancini, Moitinho de Almeida, Kapteyn, Murray, Edward, Puissochet, Hirsch, Jann et Sevón (rapporteur).

Avocat général: M. Jacobs.

Plaidiers: M<sup>re</sup> Sambon (barreau de Bruxelles); agents des institutions et des gouvernements intervenants.

Renvoi préjudiciel en interprétation, Conseil d'État de Belgique, aff. C-129/96, Cour plénière.

*Les États membres n'ont pas seulement l'obligation de transposer correctement les directives dans le délai prescrit. Ils doivent aussi, dès l'adoption d'une directive, et donc avant même l'expiration de son délai de transposition, s'abstenir de toute disposition de nature à compromettre la réalisation du résultat qu'elle prescrit.*

### Extraits

#### Les faits du litige au principal

16. – Par requête introduite le 21 août 1992, Inter-Environnement Wallonie a demandé au Conseil d'État de Belgique d'annuler, à titre

(85) C.J.C.E., 25 juillet 1991, *Marc Rich*, aff. 190/89, *Rec.*, p. I-3855.

(86) Aff. 150/77, *Rec.*, p. 1431.

(87) Arrêt du 19 janvier 1993, *Rec.*, p. I-139, point 23.

(88) C.J.C.E., 3 juillet 1997, *Francesco Benincasa c. Dentalkit Srl*, aff. C-269/95, *Rec.*, p. I-3737; *J.T.*, 1997, p. 683, note M. EKELMANS.

(89) Voy. aussi *infra*, n° 20.

(90) Concl. de l'avocat général, point 42.

(91) Selon le point 16 de l'arrêt, «une seule et même personne peut être considérée comme un consommateur dans le cadre de certaines opérations et un opérateur économique [un professionnel?] dans le cadre d'autres opérations».

(92) Note M. EKELMANS, *J.T.*, 1997, p. 685, n° 2.

(93) Cette dernière expression figure expressément au point 18 de l'arrêt.

(94) Voy. le relevé de ces directives par J. STUYCK, «Internationale Consumentenovereenkomsten», in *Europese IPR-verdragen*, 1997, pp. 359 et s., spéc. pp. 267 et s., nos 9.22 et s.

(95) Article 1, 7°, de la loi. Voy. A. DE CALUWÉ, A.C. DELCORDE et X. LEURQUIN, *Les pratiques du commerce*, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, t. I, pp. 5.25 et s.

(96) Voy. notam. J.-L. FAGNART, «Concurrence et consommation: convergence ou divergence», in *Les pratiques du commerce et la protection et l'information du consommateur*, Éd. Jeune Barreau de Bruxelles, 1991, pp. 27 et 28, nos 22 et 23; A. DE CALUWÉ, A.C. DELCORDE et X. LEURQUIN, *op. cit.*, et les références.



ou *ratione loci* de la juridiction nationale saisie<sup>83</sup>. Toute la question consistera bien entendu à savoir dans quelle mesure le juge national saisi considérera que l'application de son droit interne ne rend pas *pratiquement* impossible l'exercice des droits tirés de l'ordre juridique communautaire. Le respect du principe de l'efficacité du droit communautaire requiert, à cet égard, la mise en balance, d'une part, de l'intérêt de la Communauté à poursuivre une application uniforme du droit communautaire garantissant une égalité de traitement aussi complète que possible entre les opérateurs économiques situés sur son territoire et, d'autre part, de l'intérêt du bénéficiaire à conserver les droits qu'il peut légitimement déduire du cadre juridique dans lequel il exerce son activité.

28. — En tout état de cause, quel que soit le résultat escompté ou obtenu, il est toujours loisible au bénéficiaire d'une aide communautaire, devant faire face à un ordre de recouvrement, de tenter d'obtenir la condamnation en responsabilité des personnes dont le comportement lui aurait porté préjudice, en établissant l'existence d'une faute contractuelle ou extracontractuelle. Dans cette seconde perspective, son action pourrait viser ses éventuels partenaires contractuels<sup>84</sup>, l'État membre concerné<sup>85</sup>, voire la Commission<sup>86</sup>.

## VII

### Conclusion

29. — Les considérations qui précèdent ont permis de constater que, si les règles techniques et les caractéristiques des différents régimes d'aides communautaires existants sont innombrables, tout bénéficiaire d'une aide de la Communauté dont la récupération est ordonnée, jouit de certains droits, au nombre desquels doivent surtout être mis en exergue le droit de contester la légalité de l'acte constatant la violation du droit communautaire engendrant une obligation de restitution dans son chef et celui de se défendre dans le cadre des procédures mettant en œuvre l'action en répétition. Il est également apparu que l'effet des droits que tout bénéficiaire tire tant de l'ordre juridique communautaire que de l'ordre juridique national, peut varier en fonction du moment où la récupération est ordonnée, en fonction de l'auteur de la violation du droit communautaire qui justifie cette récupération et en fonction de la nature de ladite violation du droit communautaire, simple irrégularité technique ou fraude. Même si la nature de l'obligation de restituer les aides communautaires indûment versées réduit fortement la portée

pratique des moyens de défense invocables, il faut insister sur le degré de protection juridictionnelle élevé dont jouit le bénéficiaire d'une aide soumise à récupération, quel que soit l'auteur de l'acte qui donne lieu à celle-ci.

30. — Au moment de conclure l'analyse consacrée au bénéficiaire d'une aide communautaire et d'envisager celle du bénéficiaire d'une aide d'État<sup>87</sup>, il est, par ailleurs, permis de se demander si, lorsque la réglementation communautaire prévoit que la Communauté peut récupérer auprès de l'État membre concerné les fonds indûment versés, même lorsque ceux-ci sont définitivement acquis au bénéficiaire pour l'une ou l'autre des raisons examinées ci-avant, l'État membre en cause étant tenu responsable à titre subsidiaire des obligations du bénéficiaire<sup>88</sup>, une telle récupération par la Commission ne revient pas à imposer à l'État membre en cause de violer les règles du traité CE applicables aux aides d'État. L'intervention financière de ce dernier s'assimile, en effet, à un transfert de fonds au bénéfice d'un opérateur agissant sur son territoire<sup>89</sup>.

Werner EYSKENS,  
Avocat au barreau de Bruxelles  
et Marc PITTIE,  
Référéndaire au  
Tribunal de première instance  
des Communautés européennes\*

1998  
80

(83) Ce passage permet d'insister sur le fait que la nécessité de maintenir une distinction entre l'appréciation de la légalité de l'obligation de restitution et la mise en œuvre de l'action en répétition, au-delà sans doute, d'une simple lecture de la jurisprudence communautaire où l'application de certains principes est indifféremment signalée aux deux niveaux, relève aussi en partie du souci de rendre compte de la position du bénéficiaire de toute aide communautaire, et non pas seulement de l'une ou l'autre forme de ces aides.

(84) Voir, à cet égard, sur la base du prononcé de l'arrêt *Theodorakis*, précité, point 8, les conclusions précitées de l'avocat général La Pergola dans l'affaire C-366/95, point 5, p. 8.

(85) Voir ci-dessus point 15. Notons, à cet égard, que les dommages et intérêts que les autorités d'un État membre seraient condamnées à payer au bénéficiaire en réparation du préjudice causé par un comportement fautif de leur part dans le cadre de la gestion et du contrôle de l'aide communautaire, ne constituent pas des aides d'État au sens des articles 92 et 93 du traité CE (arrêt de la C.J.C.E. du 27 septembre 1988, *Asteris AE e.a. c. Grèce* et CEE, 106 à 120/87, *Rec. p.* 5515, point 24).

(86) Sur la base des articles 178 et 215, alinéa 2, du traité CE, s'il parvient à démontrer le caractère fautif de son comportement, consistant, par exemple, à ne pas avoir satisfait à l'obligation de motivation de l'acte attaqué qui aurait conduit à l'annulation non définitive de ce dernier.

(87) Dans une contribution à paraître ultérieurement.

(88) Voir, en ce qui concerne le FSE, l'article 6, paragraphe 2, du règlement n° 2950/83, cité ci-dessus à la note n° 33.

(89) Dans son arrêt *Grèce c. Commission*, précité, points 12 à 16, qui concernait certes un domaine distinct, la C.J.C.E. a laissé entendre que les interventions d'un État membre dans le cadre de mesures de soutien à certains opérateurs sous le couvert du FEOGA qui ne seraient pas conformes à la réglementation et, à ce titre, ne seraient pas admises lors de l'apurement des comptes, peuvent constituer une aide illégale.

(\*) Les opinions exprimées dans cet article n'engagent que les auteurs.

## CHRONIQUE

### La convention de Bruxelles

(deuxième partie)\*

#### F. — Clause attributive de juridiction

20. — Outre les éclaircissements qu'il apporte sur la notion de consommateur, l'arrêt *Benincasa* précité (n° 18) se prononce sur l'«autonomie» de la clause attributive de juridiction visée à l'article 17 de la Convention. Le principe d'autonomie trouve son origine dans la matière de l'arbitrage<sup>1</sup>. Autrefois sujet à controverse, le caractère autonome de la clause compromissoire est aujourd'hui accepté par la plupart des systèmes juridiques, et reconnu par certaines conventions internationales<sup>2</sup>.

S'il subsiste en droit comparé des appréciations divergentes concernant sa portée exacte et ses effets, on s'accorde généralement à reconnaître que l'autonomie recouvre une double dimension: tout d'abord, la clause d'arbitrage est indépendante, séparable du contrat dans lequel elle s'insère, de sorte notamment que sa validité n'est pas affectée par le sort du contrat principal (*autonomie matérielle*); ensuite, elle est autonome par rapport à la loi qui gouverne ce contrat principal, voire même parfois détachée de

toute référence au droit étatique (*autonomie de rattachement*)<sup>3</sup>.

Comme la doctrine l'avait suggéré<sup>4</sup>, la Cour de justice étend, dans l'arrêt *Benincasa*, le principe d'autonomie à la clause attributive de juridiction. En l'espèce, le demandeur préten-

(\*) Pour la première partie: *J.T.D.E.*, 1998, pp. 57-64.

(1) C. BLANCHIN, *L'autonomie de la clause compromissoire: un modèle pour la clause attributive de juridiction?*, Paris, L.G.D.J., 1995, pp. 8 et s.

(2) Les références citées par C. BLANCHIN, *op. cit.*, pp. 17 et s.

(3) Cette double dimension apparaît nettement dans la jurisprudence et la doctrine françaises: voy. B. GOLDMAN, note sous Cass. fr., civ., 7 mai 1963, *J.C.P.*, 1963, II, 13405; J.-P. ANCEL, «L'actualité de l'autonomie de la clause compromissoire», *Trav. com. fr. d.i.p.*, 1991-1992, pp. 75 et s., spéc. p. 76; C. BLANCHIN, *op. cit.*, pp. 13 et s. Elle se retrouve dans la doctrine belge: H. HUYS et G. KEUTGEN, *L'arbitrage en droit belge et international*, Bruylant, Bruxelles, 1981, pp. 468 et s., n° 666 et s.

(4) H. GAUBEMET-TALLON, note, *Rev. crit. d.i.p.*, 1982, pp. 159 et s.; J.-P. BERAUDO, «Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968», *Jurisclassiqueur dr. int.*, fasc. 632, n° 85; P. GOTHOT et D. HOLLEAUX, *La Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968*, Jupiter, 1985, p. 100, n° 169.

daît échapper à la clause désignant les tribunaux italiens en invoquant la nullité du contrat de franchise dans lequel cette clause était insérée. Répondant à la question de savoir si la clause d'élection de for «doit être considérée de manière autonome et indépendamment de toute allégation concernant la validité du contrat», la Cour de Luxembourg consacre expressément la double dimension précitée du principe d'autonomie: «Il convient, d'abord, de faire la distinction entre une clause attributive de juridiction» — laquelle «répond à une finalité procédurale» (point 25) — et «les dispositions matérielles du contrat dans lequel cette clause est insérée» (point 24); ensuite, à la différence des contestations concernant la validité du contrat principal, qui sont «régies par la *lex causae* qui est déterminée par le droit international privé de l'État du for», la clause attributive de juridiction «est régie par les dispositions de la Convention, dont l'objectif est la création de règles uniformes de compétence judiciaire internationale» (point 25)<sup>5</sup>.

Le principe d'autonomie étant posé, subsistait la question essentielle de savoir quelle conséquence devait en être tirée sur le plan de la compétence. En matière d'arbitrage international, lorsque la nullité alléguée vise le contrat principal, sans affecter en tant que telle la clause compromissoire, seuls les arbitres désignés par les parties sont compétents pour connaître de cette exception<sup>6</sup>. Cette solution, qui découle logiquement du principe d'autonomie, est transposée sans ambiguïté par l'arrêt *Benincasa* dans le cadre de la Convention de Bruxelles: «la juridiction d'un État contractant désignée dans une clause attributive de juridiction valablement conclue au regard de l'article 17 est exclusivement compétente lorsque l'action vise notamment à faire constater la nullité du contrat qui contient la dite clause» (dispositif). Outre l'argument tiré de l'autonomie de la clause, la Cour de justice justifie la solution par des motifs relatifs à la sécurité juridique et à la prévisibilité des solutions (points 26 à 29), qui se retrouvent également à propos de l'arbitrage<sup>7</sup>. La Cour souligne aussi l'harmonie de la solution avec sa jurisprudence antérieure, qui a admis la subsistance du for spécial du lieu d'exécution du contrat ainsi que du for exclusif en matière de baux d'immeuble même lorsque la validité ou l'existence du contrat en cause est contestée<sup>8</sup>.

(5) Relevons que, à la différence de son avocat général (conclusions, point 79, note 21), la Cour s'abstient prudemment de faire référence à la place éventuelle qui devrait être laissée — à côté des exigences stipulées à l'article 17 — au droit national pour décider de certaines causes de nullité (vice de consentement, incapacité, etc.) de la clause attributive de juridiction. La question de l'étendue de l'autonomie par rapport au droit d'origine étatique, c'est-à-dire de l'autonomie de rattachement, pour reprendre l'expression utilisée en relation avec l'arbitrage, n'est donc pas encore tranchée en ce qui concerne la clause attributive de juridiction.

(6) Voy. M. HUYS et G. KEUTGEN, *op. cit.*, p. 470, n° 668, qui relèvent que «la nullité du contrat principal n'est pas une exception d'incompétence mais un moyen de défense au fond».

(7) Voy. C. BLANCHIN, *op. cit.*, pp. 68 et s.

(8) Point 30. Voy. C.J.C.E., 4 mars 1989, *Effer*, aff. 38/81, *Rec.*, p. 825 (sur l'article 5, 1°) et C.J.C.E., 14 décembre 1977, *Sanders*, aff. 73/77, *Rec.*, p. 2383 (sur l'article 16, § 1°).

21. — La Cour de Luxembourg limite expressément la portée de son interprétation dans l'arrêt *Benincasa* à l'hypothèse dans laquelle la clause attributive de juridiction est «valablement conclue au regard de l'article 17» (point 30)<sup>9</sup>. La Cour n'indique donc pas explicitement quel serait le tribunal compétent si la validité de la clause attributive de juridiction en tant que telle était mise en cause. Cette question est résolue, en matière d'arbitrage, par le principe, inspiré de la doctrine allemande, de la *Kompetenz Kompetenz*: l'arbitre est compétent pour statuer sur sa propre compétence<sup>10</sup>. Le même principe vaut sans aucun doute lorsque la prorogation de compétence est judiciaire: le juge désigné par les parties est compétent pour statuer sur la validité de la clause attributive de juridiction<sup>11</sup>. Le problème subsiste cependant de savoir si cette compétence est ou non exclusive: le juge saisi au mépris d'une clause attributive de juridiction désignant un tribunal étranger — ou au mépris d'une clause compromissoire — peut-il se prononcer lui-même sur la validité de la clause, ou doit-il renvoyer les parties au tribunal désigné pour que celui-ci tranche la question? Le problème n'est pas inconnu en matière d'arbitrage international: selon la conception traditionnelle, consacrée notamment par la Convention de New York de 1958, le juge est dispensé de renvoyer les parties à l'arbitrage lorsque la clause compromissoire est «caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée» (article 2, 3°). C'est l'affirmation du principe de *Kompetenz Kompetenz*, appliqué au juge étatique<sup>12</sup>.

Si l'arrêt *Benincasa* ne traite pas de cette problématique, qui pourrait se poser aussi dans le cadre de la Convention de Bruxelles, il évoque cependant le problème comparable de savoir quel tribunal est compétent pour déterminer si le litige relève ou non du champ d'application de la clause attributive de juridiction. Pour la Cour, «l'interprétation d'une clause attributive de juridiction, afin de déterminer les différends qui relèvent de son champ d'application, incombe au juge national devant lequel elle est invoquée»<sup>13</sup>.

(9) Dans ses conclusions, l'avocat général insistait lui aussi sur la circonstance qu'en l'espèce, la clause attributive figurant dans le contrat de franchise satisfaisait aux exigences formelles de l'article 17 (point 66).

(10) P. MAYER, «L'autonomie de l'arbitrage international dans l'appréciation de sa propre compétence», *Rec. Cours*, 1989, t. 217, pp. 339 et s., n° 9 et s.; J.-P. ANCEL, *op. cit.*, p. 84. Sur la distinction entre le principe de *Kompetenz Kompetenz* et celui d'autonomie, voy. M.-L. NIBOYET-HOEGY, note, *Chunet*, 1990, p. 138.

(11) A. ALEXANDRE «Convention de Bruxelles (compétence)», *Enc. Dalloz, Droit communautaire*, p. 39, n° 278.

(12) Le droit interne français se distingue de la Convention de New York sur ce point: l'article 1466 du nouveau Code de procédure civile donne l'obligation au juge étatique de se déclarer incompétent sans pouvoir constater la nullité de la clause compromissoire, sauf si celle-ci est «manifeste». Voy. la critique de cette disposition par P. MAYER, *op. cit.*, p. 356, n° 15.

(13) Point 31. Ce principe avait été déjà affirmé par la Cour de justice dans l'arrêt *Powel Duffryn* du 10 mars 1992, aff. C-214/89, *Rec.*, p. I-1745, point 37.

Le «juge national devant lequel la clause est invoquée» vise-t-il uniquement le juge désigné par les parties ou bien également, comme le laisse entendre la formule générale utilisée par la Cour, tout autre juge qui serait saisi au mépris de la clause attributive? Dans un des tous premiers commentaires de l'arrêt, M. Ekelsmans<sup>14</sup>, relevant que la question aurait mérité plus de prudence de la part de la Cour de justice, estime qu'il appartient au *juge désigné* d'apprécier si l'action relève ou non de la clause attributive de juridiction. C'est aussi la thèse défendue récemment par certains auteurs en ce qui concerne l'appréciation de la validité de la clause attributive de juridiction, qui selon eux serait soumise à la compétence exclusive du juge désigné<sup>15</sup>. Pour notre part, il nous paraît au contraire que l'article 17 permet à n'importe quel *juge saisi* d'un État contractant d'apprécier si le litige relève de la clause attributive et si celle-ci est valide au regard de l'article 17<sup>16</sup>. Cette solution est en accord avec le principe de *Kompetenz Kompetenz*: tout juge saisi dispose en principe de la compétence d'apprécier sa propre compétence. À notre sens, la clause d'élection de for ne peut donc produire son effet d'exclusion de la compétence des tribunaux autres que celui choisi par les parties que si, pour ces tribunaux, le choix respecte les conditions de l'article 17. La solution inverse permettrait d'ailleurs à des plaideurs peu scrupuleux de recourir à des manœuvres dilatoires, puisqu'il suffirait d'invoquer une prétendue clause attributive de juridiction à un tribunal étranger, même lorsque sa validité est sérieusement contestable<sup>17</sup>, pour priver le juge premier saisi de sa compétence, du moins jusqu'à ce que la nullité de la clause soit prononcée par le juge prétendument désigné (ou jusqu'à ce que celui-ci ait décidé que le litige ne relève pas du champ d'application de la clause). Relevons, pour terminer sur cette question, que la Convention de Bruxelles prévoit elle-même une exception, dans un cas précis, au principe de *Kompetenz Kompetenz*: en vertu de l'article 21, dans sa rédaction issue de la Convention de San Sebastian, le tribunal saisi en second lieu doit surseoir à statuer «jusqu'à ce que la compétence du tribunal premier saisi soit établie». Il suffit donc de saisir le premier une juridiction quelconque — même incompétente, par exemple parce que les conditions de l'article 17 ne sont pas réunies — pour contraindre le juge normalement compétent sur pied de la Convention à surseoir à statuer en attendant une décision d'incompétence du tribunal irrégulièrement saisi. On ne s'étonnera

(14) Note au *J.T.*, 1997, p. 686, n° 3.

(15) J.-P. BERAUDO, *op. cit.*, n° 85; C. BLANCHIN, *op. cit.*, p. 88; comp. A. ALEXANDRE, *op. cit.*, p. 39, n° 278.

(16) On peut invoquer, à l'appui de cette solution, les conclusions de l'avocat général dans l'affaire *Benincasa* (point 74), qui relève que le for désigné par les parties ne doit être reconnu que «pour autant, bien évidemment, que [la] clause respecte les conditions de l'article 17».

(17) Sauf à établir — mais sur quelle base et dans quelles limites? — une réserve analogue à celle de l'article 1466 du Nouveau Code de procédure civile français (précité), qui permet au juge de se prononcer lui-même sur la nullité de la clause compromissoire lorsqu'elle est «manifeste».

pas de constater que l'article 21 figure – avec l'article 5, 1° – au sommet de la liste des dispositions susceptibles de faire l'objet d'une modification lors de la prochaine révision de la Convention.

22. – En dehors de la délicate question de l'autonomie de la clause attributive de juridiction, la Cour de justice s'est aussi prononcée, au cours de la période de référence, sur celle plus traditionnelle des exigences de forme édictées par l'article 17. À l'origine, la Convention subordonnait la validité de la clause attributive de juridiction à l'existence d'une «convention écrite» ou d'une «convention verbale confirmée par écrit». La Cour de justice a apporté, dès l'arrêt *Segoura* du 14 décembre 1976<sup>18</sup>, un premier assouplissement à ces conditions de forme strictes dans les cas où les parties entretiennent des «rapports commerciaux courants». La Convention d'adhésion de 1978 a ajouté la possibilité que la clause attributive de juridiction soit passée «dans le commerce international en une forme admise par les usages dans ce domaine et que les parties connaissent ou sont censées connaître». La Convention de San Sebastian apporte certaines précisions concernant cette dernière forme, et érige la réserve des rapports commerciaux courants en une nouvelle forme autonome, celle qui est «conforme aux habitudes que les parties ont établies entre elles».

Les notions de «convention écrite», de «convention verbale confirmée par écrit» et de «rapports commerciaux courants» ont déjà fait l'objet d'une jurisprudence abondante de la Cour de justice. C'est la première fois, en revanche, que la Cour a eu l'occasion, dans l'affaire *MSG c. Gravières Rhénanes*, déjà commentée à propos de l'article 5, 1° (n° 7), de se prononcer sur la notion d'«usage du commerce international». En l'espèce, comme nous l'avons déjà relevé, la clause attributive de juridiction était imprimée sur une lettre commerciale de confirmation, ainsi que sur une série de factures réglées sans contestation. Interrogée sur la portée du texte de l'article 17 tel que modifié par la Convention d'adhésion de 1978, la Cour de justice souligne, à titre préliminaire, que, nonobstant l'assouplissement des conditions de forme – justifié par les «exigences du commerce international» – il demeure que «la réalité du consentement des intéressés (est) toujours l'un des objectifs de (l'article 17). En effet, il convient de protéger la partie contractante la plus faible en évitant que des clauses attributives de juridiction, insérées dans un contrat par une seule partie, ne passent inaperçues» (point 17).

Analysant la portée de l'assouplissement intervenu, la Cour relève que celui-ci ne se limite pas à «la simple suppression de la nécessité d'une forme écrite du consentement» (point 18). Pour conférer un «effet utile» à la modification intervenue en 1978, il faut considérer, dit la Cour, que «l'accord de volontés des parties contractantes sur une clause attributive de juridiction est présumé établi lorsqu'il existe à cet égard des usages commerciaux dans la branche considérée du

commerce international, usages que ces mêmes parties connaissent ou sont censées connaître» (point 19). En d'autres termes, comme le relève l'avocat général G. Tesauro, «la réalité du consentement [...] dans le commerce international cède le pas à la présomption d'un accord effectif» (point 25). L'usage du commerce international ne doit donc pas concerner uniquement les exigences de forme, ce qui serait d'ailleurs extrêmement difficile à établir dans la pratique<sup>19</sup>. Il suffit de démontrer qu'un certain comportement constitue, selon les usages du commerce international, une présomption de consentement à la clause attributive de juridiction<sup>20</sup>. La Cour admet même que des comportements *postérieurs* à la conclusion du contrat – absence de réaction à l'envoi d'une lettre de confirmation et paiements répétés et sans contestation de factures – peuvent valoir consentement à la clause de juridiction figurant sur ces documents, pour autant qu'il existe un usage en ce sens dans le commerce international<sup>21</sup>.

Si la teneur des usages du commerce international est conçue de manière plutôt libérale par la Cour de Luxembourg, celle-ci apporte cependant, dans la seconde partie de sa réponse dans l'arrêt *MSG*, un certain nombre de directives qui limitent le pouvoir d'appréciation du juge national quant à l'existence et à l'application de ces usages. La Cour s'inspire largement, sur ce point, de la Convention d'adhésion de San Sebastian – non encore applicable dans l'affaire *MSG* – qui précise que la clause attributive de juridiction est conclue «dans le commerce international, sous une forme qui soit conforme à un usage dont les parties avaient connaissance ou étaient censées avoir connaissance et qui est largement connu et régulièrement observé dans ce type de commerce par les parties à des contrats du même type dans la branche commerciale considérée». Ce texte fut ajouté en 1989 pour restreindre la formule jugée trop vague de 1978, dont on avait craint qu'elle pourrait entraîner une référence sans autre précision aux usages du commerce international, donnant lieu à une clause de style qui permettrait de valider n'importe quelle élection de for<sup>22</sup>.

Appliquant en quelque sorte de manière anticipée le texte de San Sebastian, l'arrêt *MSG* subordonne l'application des usages du commerce international à une triple condition. Premièrement, il faut que le contrat litigieux «relève du commerce international». En l'espèce, la Cour souligne qu'«un contrat conclu dans un domaine tel que celui de la navigation sur le Rhin entre deux sociétés établies dans des États contractants différents relève du commerce international» (point 22). Si la Cour retient deux critères (le domaine d'activité sur lequel porte le contrat et le fait que les

parties soient établies dans des États différents), elle n'indique pas l'importance respective de ceux-ci ni si d'autres éléments pourraient être pris en considération<sup>23</sup>. Lorsque le contrat relève du commerce international, il faut, deuxièmement, qu'il existe un usage<sup>24</sup> «non pas par rapport au commerce international en général, mais dans la branche commerciale dans laquelle les parties contractantes exercent leur activité». Cette condition est remplie «lorsque, notamment, un certain comportement est généralement et régulièrement suivi par les opérateurs dans cette branche lors de la conclusion de contrats d'un certain type» (point 23, *in fine*). Cette formule, qui trouve son origine dans la Convention de Vienne de 1980 sur la vente internationale de marchandises, invite dans chaque cas le juge national à un travail difficile et assez imprévisible d'interprétation du comportement des opérateurs du commerce international dans la branche considérée. Ainsi que le souligne H. Gaudemet-Tallon, il en résulte un risque d'insécurité juridique dès lors que les juges nationaux ne statueront pas nécessairement tous dans le même sens<sup>25</sup>.

La troisième et dernière condition posée par l'arrêt *MSG* porte sur «la connaissance effective ou présumée (de) l'usage par les parties contractantes». Cette connaissance peut être établie selon deux méthodes alternatives: soit par la démonstration que les parties «avaient auparavant noué des rapports commerciaux entre elles ou avec d'autres parties opérant dans le secteur considéré»; soit «lorsque, dans celui-ci, un certain comportement est suffisamment connu, du fait qu'il est généralement suivi lors de la conclusion d'un certain type de contrats, pour pouvoir être considéré comme une pratique consolidée» (point 24, *in fine*). Comme l'a relevé T. Hartley<sup>26</sup>, la première branche de l'alternative posée par la Cour paraît insuffisante: le fait que les parties aient entretenu auparavant des rapports commerciaux ne devrait pas entraîner de présomption de connaissance lorsque l'usage n'a pas été respecté par ces parties. Par ailleurs, en formulant comme elle l'a fait la seconde branche de l'alternative, la Cour de justice tend à atténuer la distinction entre l'existence de l'usage et la présomption de connaissance de celui-ci. En effet, si l'on rapproche les points 23, *in fine*, et 24, *in fine*, de l'arrêt (précités), on constate que la seule différence, aux yeux de la Cour, entre la condition d'existence de

(23) Voy. CH. SOULARD, «Les conditions de forme des clauses attributives de juridiction», in *Compétence internationale et effets des jugements en Europe – Les Conventions de San Sebastian et de Lugano*, à paraître. À notre avis, la condition d'internationalité du commerce ne coïncidera pas nécessairement avec l'exigence d'une situation internationale visée au préambule de la Convention. La définition de l'internationalité du commerce au sens de l'article 17, al. 1<sup>er</sup>, c), pourrait à notre sens s'inspirer des conditions d'applicabilité de la Convention de Vienne de 1980 sur la vente internationale de marchandises (établissements des parties dans des États différents).

(24) Cet usage «ne doit pas être déterminé par référence à la loi d'un des États contractants» (point 23 de l'arrêt).

(25) Obs., *Rev. crit. d.i.p.*, 1997, p. 574.

(26) Obs., *European Law Review*, 1997, p. 362.

(18) Aff. 25/76, *Rec.*, p. 1851.

l'usage et celle de la connaissance de celui-ci réside dans le fait que, pour que cette dernière condition soit établie, il faut que la pratique soit consolidée; mais n'est-ce pas là aussi une condition d'existence de l'usage?



## Reconnaissance et exécution

### A. — Notion de défendeur défaillant

23. — Les dispositions de la Convention relatives aux effets des jugements étrangers tendent à assurer la simplification, l'efficacité et la célérité des procédures d'exequatur. C'est sur la partie qui conteste la reconnaissance ou l'exécution de la décision étrangère que repose la charge d'apporter la preuve de l'existence d'une cause de refus prévue aux articles 27 et 28 de la Convention. L'article 27, 2°, dispose que la reconnaissance et l'exécution d'un jugement étranger peuvent être refusées si, en cas de défaut du défendeur, celui-ci n'a pas été assigné régulièrement et n'a pas pu disposer du temps utile pour pouvoir préparer sa défense<sup>27</sup>. Un examen de la jurisprudence de la Cour de justice révèle que l'article 27, 2°, constitue actuellement le moyen par excellence, parmi les rares moyens qui subsistent, pour s'opposer avec succès à la reconnaissance et à l'exécution d'une décision rendue dans l'un des États contractants<sup>28</sup>. Tout nouvel arrêt de la Cour de justice interprétant l'article 27, 2°, de la Convention revêt dès lors une très grande importance dans la mesure où il est susceptible de préciser, voire même d'étendre, le champ de cette disposition et de limiter ainsi les possibilités de reconnaissance et d'exécution. La Cour a déjà eu déjà l'occasion d'interpréter l'article 27, 2°, de la Convention en ce qui concerne la notion d'acte introductif d'instance<sup>29</sup>, la notion de temps utile pour préparer sa défense<sup>30</sup>, la question de la régularité de l'assignation<sup>31</sup>, la couverture des vices

de celle-ci et le caractère cumulatif des deux conditions prévues par l'article 27, 2°, de la Convention<sup>32</sup>.

Dans l'affaire *Hendrikman* ayant donné lieu à l'arrêt de la Cour du 10 octobre 1996<sup>33</sup>, n'étaient toutefois en cause ni la régularité de l'acte introductif d'instance, ni le «temps utile» pour se défendre, mais plus fondamentalement, la notion de «défaillance», et donc aussi la notion contraire de «comparution»<sup>34</sup>, qui conditionne à elle seule l'application de l'article 27, 2°. Plus précisément, la Cour de justice était saisie de la question de savoir si le refus de reconnaître une décision avait que le défendeur n'avait pas été représenté valablement et n'a pas eu connaissance de la procédure devant le juge d'origine relève ou non de l'article 27, 2°, de la Convention alors même que suite à la comparution d'un mandataire, la décision n'a pas été rendue par défaut dans la procédure d'origine. Des personnes de nationalité allemande avaient apparemment commandé au nom des époux Hendrikman, mais à leur insu et sans leur autorisation, du papier à lettres auprès de la société allemande Magenta. Cette dernière ne voyant pas sa commande payée avait assigné en Allemagne les époux Hendrikman, demeurant aux Pays-Bas, en paiement de celle-ci devant le Landgericht Krefeld et devant l'Amstgericht Nettetal en ce qui concerne la liquidation des dépens. Les époux Hendrikman ayant apparemment comparu par l'intermédiaire d'avocats mandatés en leur nom — mais une fois encore désignés à leur insu par les mêmes personnes qui avaient passé la commande litigieuse — avaient été condamnés. Par ordonnance du 14 janvier 1992, le président faisant fonction de l'Arrondissementsrechtsbank te 's Gravenhage avait autorisé l'exécution de ces deux décisions aux Pays-Bas. Les époux Hendrikman avaient alors formé opposition contre cette autorisation, en invoquant l'article 27, 1° et 2°, de la Convention, en raison du fait qu'ils n'auraient jamais été représentés valablement devant les juridictions allemandes. Par jugement du 2 février 1994, l'Arrondissementsrechtsbank avait déclaré l'opposition des deux époux non fondée. Dans le cadre de l'examen du pourvoi formé par les époux

Hendrikman contre ce jugement, la Cour suprême des Pays-Bas a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour de justice trois questions préjudicielles. Seule la troisième de ces questions va donner lieu à une réponse de la Cour, les deux autres devenant sans intérêt par suite de la réponse qu'elle apporte à cette question<sup>35</sup>.

24. — La troisième question soumise à la Cour était de savoir si l'on pouvait estimer en l'espèce que les époux Hendrikman avaient comparu au sens de la Convention de Bruxelles dans l'instance allemande, ou si les décisions des tribunaux allemands devaient être considérées comme ayant été rendues par défaut à leur égard, ce qui aurait entraîné l'application de l'article 27, 2°. Dans la réponse qu'elle donne à cette question préjudicielle dans son arrêt du 10 octobre 1996, la Cour rappelle tout d'abord classiquement que l'article 27, 2°, de la Convention a «pour but d'assurer qu'une décision ne soit pas reconnue ou exécutée selon la Convention, si le défendeur n'a pas eu la possibilité de se défendre devant le juge d'origine»<sup>36</sup>. Selon la Cour, un défendeur qui ignore la procédure entamée à son encontre et pour qui comparaît, devant le juge d'origine, un avocat qu'il n'a pas mandaté, se trouve dans l'impossibilité absolue de se défendre. Il doit par conséquent être considéré comme défaillant, au sens de l'article 27, 2°, de la Convention et ce, «même si la procédure d'origine a pris un caractère contradictoire». La Cour charge le juge requis de vérifier si ces circonstances exceptionnelles sont réunies. Enfin, selon la Cour, cette conclusion n'est pas infirmée en l'espèce par le fait que les époux Hendrikman auraient pu former une demande en annulation pour vice de représentation dans le délai d'un mois suivant la notification de la décision allemande les condamnant. En effet, le moment pertinent pour que le défendeur puisse se défendre est, d'après l'enseignement constant de la Cour de justice, «celui de l'introduction de l'instance». «La possibilité de faire usage ultérieurement d'une voie de recours contre une décision par défaut, déjà rendue exécutoire ne peut pas constituer une voie équivalant à une défense préalable à la décision»<sup>37</sup>. La Cour décide dès lors que l'article 27, 2°, de la Convention s'applique aux décisions prononcées contre un défendeur qui ne s'est pas vu signifier ou

(27) Sur l'article 27, 2°, de la Convention, voy. notamment J. LAENENS, «De doorwerking van het europees gemeenschapsrecht in het procesrecht», *R.W.* 1995-1996, pp. 1172 et s.; A. KOHL, «Les conditions de la reconnaissance d'une décision intervenue contre un défendeur défaillant — Remarques au sujet de l'article 27, point 2, de la Convention C.E.E. du 27 septembre 1968», *Act. dr.*, 1992, pp. 813 et s.

(28) La plupart des questions préjudicielles posées à la Cour à propos des causes de refus de reconnaissance concernent en effet le point 2 de l'article 27. Voy. N. WATTÉ et V. MARQUETTE, «La Convention de Bruxelles et sa récente interprétation dans les matières commerciales», *R.D.C.*, 1996, p. 803.

(29) C.J.C.E., 16 juin 1981, *Klompas*, aff. 166/80, *Rec.*, p. 1593; C.J.C.E., 13 juillet 1995, *Hengst*, aff. C-474/93, *Rec.*, p. I-2113; *Rev. crit. d.i.p.*, 1996, p. 152 et note H. GAUDEMET-TALLON.

(30) C.J.C.E., 11 juin 1985, *De Backer*, aff. 49/84, *Rec.*, p. 1779; *J.T.*, 1986, p. 158 avec les observations de M. EKELMANS, «L'article 27, 2°, de la Convention de Bruxelles et la loyauté de la procédure par défaut», pp. 159 et s.

(31) C.J.C.E., 3 juillet 1990, *Lancray*, aff. C-305/88, *Rec.*, p. I-2725; *Rev. crit. d.i.p.*, 1991, p. 161 avec les observations critiques de G.A.L. DROZ; *Clunet*, 1991, p. 503, obs. A. HUET.

(32) C.J.C.E., 12 novembre 1992, *Minalmet*, aff. C-123/91, *Rec.*, p. I-5661; *Rev. crit. d.i.p.*, 1993, p. 81 et la très sévère note critique de G.A.L. DROZ; *Clunet*, 1993, p. 468, obs. A. HUET; H. TAGARAS, *Cah. dr. eur.*, 1995, p. 160.

(33) C.J.C.E., 10 octobre 1996, *Bernardus Hendrikman et Maria Fayen c. Magenta Druck & Verlag GmbH*, aff. C-78/95, *Rec.*, p. I-4943; *Clunet*, 1997, p. 621, obs. A. HUET; *Rev. crit. d.i.p.*, 1997, p. 555, note G.A.L. DROZ; note I. COUWENBERG, *R.W.*, 1996-1997, p. 1380; *R.D.C.*, 1997, p. 512, note H. BOULARBAH, «L'interprétation communautaire de la notion de défendeur défaillant au sens de l'article 27, point 2, de la Convention de Bruxelles».

(34) Voy. sur cette question, C.J.C.E., 21 avril 1993, *Sonntag*, aff. C-172/91, *Rec.*, p. I-1963; *Rev. crit. d.i.p.*, 1994, p. 96, note H. GAUDEMET-TALLON; voy. aussi la note de J.-M. BISCHOFF, *Clunet*, 1994, pp. 528 et s.; H. TAGARAS, *Cah. dr. eur.*, 1995, p. 180; A. KOHL, «Reconnaissance, dans le cadre de la Convention CEE de 1968, d'une décision rendue par une juridiction répressive sur une action civile mettant en jeu la responsabilité de la puissance publique», *J.L.M.B.*, 1994, p. 460.

(35) L'arrêt relève cependant en ce qui concerne la première question qu'il «convient de rappeler que le recours à la clause d'ordre public, figurant à l'article 27, point 1, de la Convention, ne doit jouer que dans des cas exceptionnels. Il est en tout cas exclu lorsque le problème posé doit être résolu sur la base d'une disposition spécifique telle que l'article 27, point 2» (C.J.C.E., 10 octobre 1996, *Hendrikman*, aff. C-78/95, *Rec.*, p. I-4968, point 23).

(36) Voy. C.J.C.E., 16 juin 1981, *Klompas*, aff. 166/80, *Rec.*, p. 1593, point 9, et C.J.C.E., 21 avril 1993, *Sonntag*, aff. C-172/91, *Rec.*, p. I-1963, point 38. Cette formule est sévèrement critiquée par G.A.L. DROZ (*Rev. crit. d.i.p.*, 1997, p. 562) qui relève à très juste titre que la Convention a pour but non pas de bloquer mais d'assurer la libre circulation des jugements européens; *contra*: A. HUET, *Clunet*, 1997, p. 622.

(37) Voy. C.J.C.E., 12 novembre 1992, *Minalmet*, aff. C-123/91, *Rec.*, p. I-5661, point 19.

notifier, régulièrement et en temps utile, l'acte introductif d'instance et qui n'a pas été valablement représenté dans l'instance, alors même que, en conséquence de la comparution, devant le juge d'origine, d'un prétendu représentant du défendeur, les décisions n'ont pas été prononcées par défaut.

25. — Il semble désormais se dégager de la combinaison de l'arrêt *Hendrikman* et des précédents arrêts rendus par la Cour à propos de l'article 27, 2°, de la Convention, une définition autonome ou communautaire de la notion de «défendeur défaillant»<sup>38</sup>. Le critère déterminant de cette définition paraît être, aux yeux de la Cour, la possibilité pour le défendeur de se défendre devant le juge d'origine. La notion générale communautaire de la comparution devrait dès lors être entendue comme étant la possibilité pour le défendeur de se défendre devant le juge d'origine en personne ou par l'intermédiaire du défenseur qu'il a choisi et lors de la première instance. Seule paraît compter cette détermination de la possibilité ou non pour le défendeur de se défendre et ce, quels que soient la qualification donnée par le juge d'origine et le caractère de la procédure suivie dans l'État d'origine au regard du droit procédural de ce dernier<sup>39</sup>.

Si le recours à une interprétation autonome de la notion de défendeur défaillant doit être approuvé, l'arrêt de la Cour n'est pas pour autant à l'abri de toute critique. Tout d'abord parce que la Cour n'exige nullement que le défendeur, irrégulièrement représenté, introduise la demande en annulation pour vice de représentation allemande en la comparant à l'opposition en cas de décision rendue par défaut. La Cour rejette ainsi la position du gouvernement allemand suivant laquelle les droits de la défense sont respectés si un avocat, même non mandaté, comparaît pour les défendeurs, car le tribunal doit se fier aux déclarations de l'avocat jusqu'à ce qu'il soit établi qu'un mandat n'existe pas. Conformément à sa jurisprudence antérieure, la Cour refuse donc de prendre en considération le fait que le défendeur avait toute possibilité de faire rectifier la situation devant le juge d'origine, laissant ainsi cours à la passivité du défendeur. Cette position est très critiquable. Si, en droit interne, le moment pertinent pour que le défendeur puisse se défendre est également en principe celui de l'introduction de l'instance, le défaut du défendeur causé par suite d'une irrégularité liée à l'introduction de cette instance doit cependant être réparé par la voie de l'opposition, voire de l'appel. «Pourquoi un mécanisme de procédure parfaitement rodé dans tous les droits de procédure européens ne serait-il plus de mise du fait que le défendeur vit dans un État européen autre que celui du tribunal d'origine?»<sup>40</sup>. On peut légitimement se demander si le juge de l'État requis ne devrait pas disposer du pouvoir d'accorder l'exequatur lorsqu'il constate que l'irrégularité de procédure n'a en fait pas nui au défendeur défaillant lors de la procédure

suivie devant le juge d'origine ou encore si ce dernier a disposé de la possibilité de faire réviser par une opposition ou un appel la décision du juge de première instance. Le juge requis pourrait ainsi tenir compte de la bonne ou mauvaise foi du défendeur défaillant.

Ensuite, parce que la Cour se contente de mentionner, en ce qui concerne la preuve du défaut, qu'il appartient au juge requis de vérifier si les circonstances exceptionnelles sont réunies en tenant compte des particularités du cas d'espèce afin de déterminer si le défendeur s'est vu placé dans l'impossibilité de défendre ses intérêts devant le juge d'origine. Elle n'indique toutefois ni à qui la preuve de ces circonstances incombe, ni comment elle devrait ou pourrait être rapportée. Pourtant, même à l'intervention du faux mandataire ou défenseur, le défendeur a eu théoriquement l'occasion de faire valoir ses moyens de défense lors de la procédure d'origine. La décision rendue à l'issue de cette procédure n'est pas seulement réputée contradictoire mais elle est réellement contradictoire, du moins jusqu'à ce qu'une décision établisse l'inexistence de ce mandat. Le défendeur devrait dès lors être tenu de démontrer l'irrégularité de sa représentation en introduisant l'action en désaveu ou en annulation pour vice de représentation<sup>41</sup>. Enfin, l'arrêt *Hendrikman* semble avoir pour conséquence que le principe de l'exclusion de la révision au fond est, une nouvelle fois, gravement remis en cause. Une confiance totale est faite au juge d'origine dans l'appréciation des règles de compétence, des faits et de leur traduction juridique, mais aucune confiance ne paraît lui être attribuée en ce qui concerne l'application de ses propres règles de procédure et en particulier, dans le cas d'espèce, celles relatives à la comparution et la représentation des parties<sup>42</sup>.

## B. — Preuve de la signification

26. — En vertu de l'article 33 de la Convention, les modalités (conditions, temps et formes) du dépôt de la requête en exequatur sont déterminées par la loi de l'État requis. Les documents visés aux articles 46 et 47 de la Convention doivent en outre être joints à la requête<sup>43</sup>. Le contrôle exercé par le juge de l'État requis dans le cadre de la procédure d'exequatur est en effet double, il porte dans un premier temps sur la régularité de la procédure d'exequatur en tant que telle et ensuite, sur la décision étrangère dont l'exécution est demandée (articles 27, 28 et 31 de la Convention). La requête aux fins d'exécution doit être assortie d'un document justifiant que «selon la loi de l'État d'origine, la décision est exécutoire et a

été signifiée». Ce document, mentionné à l'article 47, 1°, de la Convention, revêt une double importance. Il s'agit tout d'abord pour la partie qui demande l'exequatur de produire la preuve nécessaire pour établir, aux fins du contrôle de l'article 31 de la Convention, le caractère exécutoire de la décision dans l'État d'origine. Il permet ensuite de s'assurer que la partie condamnée a pu prendre connaissance de la décision en question afin de lui donner la possibilité soit d'exécuter la décision de plein gré, soit encore d'utiliser une voie de recours.

Contrairement aux documents mentionnés aux articles 46, 2°, et 47, 2°, pour lesquels l'article 48 de la Convention laisse au juge de l'État requis saisi de la requête un large pouvoir d'appréciation lorsqu'ils ne sont pas produits, les documents mentionnés aux articles 46, 1°, et 47, 1°, devraient, à première vue, toujours être joints à la requête. L'article 48 de la Convention aurait ainsi pour effet *a contrario* de rendre irrecevable toute requête qui ne serait pas accompagnée des pièces prévues aux articles 46, 1°, et 47, 1°. L'absence de production ou la production tardive de la preuve de la signification de la décision dont l'exequatur est demandée entraînent-elles dès lors l'irrecevabilité de la requête en exequatur? Le requérant qui aurait obtenu l'exequatur en première instance, sans avoir produit les documents requis, pourrait-il encore produire la preuve de la signification au cours de la procédure contradictoire sur recours prévue à l'article 36 de la Convention introduite à l'initiative de la partie contre laquelle l'exequatur est demandé?

27. — Ces interrogations ont fait l'objet des deux questions préjudicielles posées par la Cour de cassation belge à l'origine de l'arrêt *Van der Linden* de la Cour de justice du 14 mars 1996<sup>45</sup>. Une compagnie d'assurances allemande avait sollicité l'exequatur en Belgique de deux jugements allemands rendus à l'encontre de M. Van der Linden, revendeur de voitures, de nationalité belge. Le tribunal de première instance de Bruges avait accordé l'exequatur des deux décisions malgré le fait que la preuve de la signification des juge-

(44) Voy. dans ce sens G.A.L. Droz, *Pratique de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 — Le nouveau régime de la compétence judiciaire et des effets des jugements dans l'Europe des Six*, Paris, Dalloz, 1973, p. 90; H. BORN, «Sept ans d'application de la Convention de Bruxelles», *R.R.D.*, 1980, p. 332.

(45) C.J.C.E., 14 mars 1996, *Van der Linden c. Berufsgenossenschaft der Feinmechanik und Elektrotechnik*, aff. C-275/94, *Rec.*, p. I-1393; *Rev. crit. d.i.p.*, 1996, p. 506, note H. GAUDEMET-TALLON; *J.L.M.B.*, 1996, p. 1257, note A. KOHL; note K. BROECKX, «Verlof tot tenuitvoerlegging krachtens het E.B.X.-verdrag: vereiste documenten en sanctie. Cassatie 20 juni 1996», *Arr. Cass.*, 1997, p. 52; *Clunet*, 1997, p. 616, obs. A. HUET; *Cah. dr. eur.*, 1997, p. 226, commentaire H. TAGARAS; note I. COUWENBERG, *R.W.*, 1996-1997, p. 23; H. BOULARBAH, «La notion de décision exécutoire dans l'État d'origine et l'exigence de la signification — Les sanctions des règles de procédure prévues par la Convention et leur réparation» et A. NUYS, «Problèmes de procédure: Convention de Bruxelles ou renvoi au droit interne», in *Compétence internationale et effets des jugements en Europe — Les Conventions de San Sebastian et de Lugano*, à paraître.

(38) H. GAUDEMET-TALLON, *Rev. crit. d.i.p.*, 1994, p. 114; A. HUET, *Clunet*, 1997, pp. 623-624.

(39) Voy. à ce sujet, H. BOULARBAH, *op. cit.*, pp. 521-522.

(40) G.A.L. Droz, *Rev. crit. d.i.p.*, 1997, p. 561.

(41) H. BOULARBAH, *op. cit.*, pp. 522-523.

(42) G.A.L. Droz, *Rev. crit. d.i.p.*, 1997, p. 561. Voy. dans le sens de l'interdiction de la révision au fond dans le cadre de la vérification des pouvoirs d'un mandataire, *Civ. Anvers* (1<sup>re</sup> ch.), 19 octobre 1978, *Jur. Anv.*, 1979-1980, p. 184.

(43) G. PLUYVER, «La Convention de Bruxelles et les droits de la défense», in *Études offertes à Pierre Bellet*, Paris, Litec, 1991, p. 437. Sur le respect de ces articles dans la pratique, voy. K. BROECKX, «Erkenning en tenuitvoerlegging van buitenlandse vonnissen», in *Europese IPR-verdragen*, 1997, pp. 179-180.



ments allemands n'avait pas été jointe à la requête de la compagnie d'assurances. Le tribunal de Bruges, saisi du recours formé par M. Van der Linden contre la décision accordant l'exequatur, avait déclaré la tierce opposition non fondée au motif que si ce dernier avait probablement invoqué à bon droit le fait que la preuve de la signification des jugements étrangers n'avait pas été produite au moment du dépôt de la requête unilatérale, la partie qui demandait l'exécution avait fait procéder, au cours de la procédure sur tierce opposition, à une nouvelle signification selon les prescriptions du droit de l'État requis de sorte qu'il avait ainsi été satisfait à l'article 47, 1°, de la Convention, même si le premier jugement avait été rendu sur la base de documents incomplets. Le pourvoi introduit par M. Van der Linden devant la Cour de cassation soutenait que le juge n'avait légalement pu décider que la partie qui demandait l'exécution pouvait encore régulariser la procédure au moyen d'une signification faite au cours de la procédure de recours de l'article 36 de la Convention. La Cour de cassation avait décidé de surseoir à statuer et de poser deux questions préjudicielles à la Cour de justice. Il s'agissait de savoir si la preuve de la signification de la décision dont l'exécution est demandée peut être rapportée après le dépôt de la requête unilatérale en exequatur, soit pendant que la requête est examinée, soit même au cours de la procédure de recours intentée par la partie contre laquelle cette demande est dirigée. Dans la réponse qu'elle a donnée à ces deux questions préjudicielles, la Cour de justice a dit pour droit que l'article 47, 1°, de la Convention du 27 septembre 1968 doit être interprété en ce sens que la preuve de la signification du jugement peut, lorsque les règles de procédure nationales le permettent, être apportée après le dépôt de la requête, notamment au cours d'une procédure de recours intentée ensuite par la partie contre laquelle l'exécution est demandée, à condition que celle-ci dispose d'un délai raisonnable pour exécuter volontairement le jugement et que la partie qui demande l'exécution supporte la charge de toute procédure inutile.

La décision est importante à plusieurs égards. Tout d'abord parce que la Cour apporte par le biais de celle-ci une contribution essentielle à l'objectif d'une exécution rapide et simplifiée des jugements étrangers dans la Communauté<sup>46</sup>. L'arrêt écarte en effet définitivement l'interprétation consistant à dire que la seule omission de joindre à la requête le document de l'article 47, 1°, rend celle-ci irrecevable. L'interprétation *a contrario* de l'article 48 de la Convention qui ne prévoit aucune possibilité d'impartir un délai, d'accepter des documents équivalents ou de dispenser le demandeur de produire les documents spécifiés à l'article 47, 1°, alors qu'une telle possibilité est expressément établie pour les documents mentionnés aux articles 46, 2°, et 47, 2°, de la Convention est rejetée par la Cour. Celle-ci estime que l'article 48 n'est qu'une «disposition spéciale dont la portée est limitée au domaine qu'elle régit et qui ne peut donc apporter d'autres restrictions au principe gé-

néral selon lequel s'appliquent normalement les règles de procédure nationales qui respectent les prescriptions essentielles de la Convention» (points 12, 13, 14 et 17). Ensuite, parce que l'arrêt admet également la possibilité de réparer en cours d'instance les irrégularités éventuelles de la preuve de la signification du jugement à exécuter. Selon la Cour, la Convention «n'exclut pas que les règles de procédure nationales puissent prévoir la régularisation de la procédure par la preuve de la signification à un stade ultérieur du dépôt de la requête, dès lors que l'objectif poursuivi par la Convention en ses articles 33, troisième alinéa et 47, point 1, est respecté» (point 14). Plusieurs auteurs n'ont pas manqué de souligner à ce dernier égard que la solution adoptée par l'arrêt *Van der Linden* semble s'inspirer de la thèse suivant laquelle la Convention ne ferait pas obstacle à l'application du droit interne d'un État dans la mesure où celui-ci aboutit à faire prévaloir une solution plus libérale, autorisant l'exequatur qui n'aurait pas été accordé sur pied de la seule Convention<sup>47</sup>.

L'arrêt *Van der Linden* a cependant été critiqué<sup>48</sup> dans la mesure où l'article 33, alinéa 3, de la Convention impose expressément de joindre les documents requis à la requête et où la Cour se permet dès lors une liberté avec le texte clair des articles 33, 47 et 48 de la Convention qui imposent pourtant à la requête une forme impérative et qui exigent que la signification précède l'exequatur. En outre, l'existence de la signification serait une condition de fond et non une règle de pure forme, devant recevoir une interprétation communautaire sans qu'il soit possible de renvoyer aux lois de procédure nationales. Le risque existerait enfin qu'il soit admis, à la suite de l'arrêt, qu'une procédure d'exequatur soit entamée alors que la preuve que la partie condamnée dans l'État d'origine a été avertie de cette condamnation n'a pas été rapportée.

Ces critiques ne nous paraissent cependant pas déterminantes. L'arrêt *Van der Linden*, en acceptant que la preuve de la signification du jugement à exécuter puisse, lorsque les règles de procédure nationales le permettent, être apportée après l'introduction de la requête, et même au cours de la procédure contradictoire ouverte devant les juridictions de l'article 37, alinéa 1<sup>er</sup>, de la Convention à la double condition que la partie contre laquelle l'exécution est demandée dispose d'un délai raisonnable pour exécuter volontairement le jugement et que la partie qui demande l'exécution supporte la charge de toute procédure inutile, nous semble respecter et même, renforcer, l'objectif essentiel de la Convention, qui est de mettre sur pied une procédure simple et rapide d'exequatur. Il importe en effet de faciliter l'exequatur et de ne pas alourdir celui-ci par un formalisme excessif, sauf lorsque ce dernier est effectivement destiné à protéger la partie contre laquelle l'exécution est demandée. On remarquera à cet égard que si la Cour de justice

a accepté une simplification des règles de formes prévues par la Convention, c'est à la condition expresse que l'objectif poursuivi par la Convention en ses articles 33, troisième alinéa et 47, 1°, soit respecté. La seule critique fondamentale que l'on puisse toutefois adresser à l'arrêt est celle d'avoir fait dépendre la possibilité de régularisation de la procédure d'exequatur du contenu du droit procédural national de l'État requis, au préjudice d'une simplification communautaire de la procédure qui est seule de nature à assurer l'application uniforme de la Convention<sup>49</sup>.

28. – Les deux conditions posées par la Cour de justice à la possibilité de régularisation, par le droit national, du dépôt de la preuve de la signification de la décision étrangère nous conduisent à penser qu'il convient en outre de donner à l'arrêt du 14 mars 1996 une portée plus large que celle qu'il semble, à première vue, devoir revêtir. En effet, si la partie contre laquelle l'exécution est demandée a effectivement reçu la signification de la décision étrangère, il nous paraît indifférent que la preuve de cette signification soit apportée en première instance ou dans le cadre du recours prévu à l'article 36 de la Convention (à supposer que l'exequatur ait été accordé en première instance nonobstant cette irrégularité). Dans ce cas, cette partie a disposé de l'occasion d'exécuter volontairement et en temps utile le jugement étranger, ce qu'elle n'a, par hypothèse, pas fait si l'exequatur est demandé. Il semble, dès lors, inutile, voire absurde, d'encore lui laisser un délai raisonnable pour exécuter volontairement le jugement. Dans ce même cas de figure, la seconde condition édictée par la Cour, celle de la prise en charge par la partie qui demande l'exécution des frais de toute procédure inutile suscite également de sérieuses interrogations. Est-il en effet concevable que le demandeur en exequatur doive supporter les frais inhérents à la procédure de recours introduite par le défendeur pour le simple motif que la preuve de la signification n'a pas été apportée lors de la première instance alors que, par ailleurs, le défendeur s'est effectivement vu signifier le jugement étranger? En d'autres termes, il paraît superflu de soumettre, comme le fait la Cour, la possibilité de régularisation de la preuve de la signification de la décision étrangère au cours de la procédure de recours prévue à l'article 36 de la Convention aux deux conditions précitées dans la mesure où cette preuve se borne à démontrer que la signification de la décision étrangère a bien été effectuée avant l'introduction de la procédure d'exequatur. Si, en revanche, la décision étrangère n'a jamais été signifiée à la partie contre laquelle l'exécution est demandée avant ou concomitamment à l'introduction de la requête en exequatur mais qu'elle l'est en cours de procédure, nous nous trouvons dans l'hypothèse des faits qui ont donné lieu à l'arrêt *Van der Linden*. C'est, en effet, dans ce second cas que les conditions posées par la Cour à la régularisation de la preuve de la signification nous paraissent prendre tout leur sens. «L'on ne peut s'empêcher de penser qu'en formulant les deux conditions [...] la Cour avait en réalité en tête non

(46) H. TAGARAS, *Cah. dr. eur.*, 1997, pp. 230-231.

(47) A. NUYTS, article précité; M. PERTEGAS-SENDER, note sous C.J.C.E., 14 mars 1996, *Revista Española de Derecho Internacional*, 1996, p. 344.

(48) Voy. A. HUET, *Clunet*, 1997, pp. 619 et s.; H. GAUDEMET-TALLON, *Rev. crit. d.i.p.*, 1996, pp. 513 et s.

(49) A. NUYTS, article précité.

pas le cas de figure d'une requête non accompagnée de la preuve de la signification, mais l'absence de signification même. Ceci d'autant plus, que tel était le cas dans l'affaire au principal: non seulement la preuve de la signification, mais la signification même faisait défaut dans l'affaire *Van der Linden*<sup>50</sup>.

Il nous semble par conséquent qu'il résulte de l'arrêt du 14 mars 1996 que si le requérant en exequatur a omis de signifier la décision étrangère au défendeur, il peut encore le faire au cours de la procédure sur requête unilatérale, et même au cours de la procédure de recours, si la possibilité de rapporter la preuve de cette signification ultérieurement est prévue par le droit de l'État requis, à la double condition qu'il laisse à la partie contre laquelle l'exécution est demandée un délai suffisant pour exécuter volontairement la décision étrangère et qu'il supporte les frais de toute procédure inutile et, principalement, de la procédure d'exequatur qu'il a introduite alors que le débiteur se serait peut-être exécuté volontairement s'il avait reçu en temps utile la signification. Une interprétation assez large de la notion de «charge de toute procédure inutile» pourrait même englober les intérêts que produisent les jugements portant des condamnations pécuniaires: ces intérêts ne seraient ainsi exigibles qu'à partir de la signification. «Le défendeur pourrait en effet faire valoir qu'en cas de signification régulière, il se serait conformé volontairement au jugement rendu à son encontre et que le retard dans la signification, imputable au demandeur, ne pourrait résulter en la majoration de sa dette»<sup>51</sup>. La réponse donnée par la Cour dans l'arrêt *Van der Linden* interprétée de cette façon nous paraît prendre ainsi une ampleur qui correspond plus adéquatement à la nature des deux conditions auxquelles la Cour a subordonné sa solution.

### C. – Sursis à statuer

29. – Aux termes de l'article 38 de la Convention, lorsque la décision étrangère se trouve dans l'État d'origine sous le couvert d'un recours ordinaire ou lorsque le délai d'exercice de ce recours n'est pas encore expiré, la juridiction saisie du recours, visé à l'article 36 de la Convention, contre la décision ayant autorisé l'exécution dans l'État requis du jugement étranger, peut à la requête de la partie qui a formé le recours surseoir à statuer ou encore impartir un délai pour former le recours dans l'État d'origine (article 38, alinéa 1<sup>er</sup>). Elle peut également décider d'office, au moment où elle statue sur le recours, de subordonner ou non l'exécution de la décision étrangère à la constitution d'une garantie qu'elle détermine (article 38, alinéa 3)<sup>52</sup>. Se-

lon l'article 37, alinéa 2, de la Convention, la décision rendue à la suite du recours de l'article 36 est susceptible uniquement d'un pourvoi en cassation ou d'un recours sur un point ou une question de droit.

Dans des précédents arrêts, la Cour de justice a décidé que l'article 37, alinéa 2, de la Convention devait être interprété comme ne permettant le pourvoi en cassation ou le recours sur un point de droit qu'à l'encontre du bien-fondé de la décision rendue sur le recours formé contre le jugement autorisant l'exécution<sup>53</sup> et non contre une décision accordant ou refusant le sursis à statuer de l'article 38 de la Convention, ou encore contre une décision accordant ou refusant la constitution d'une garantie et ce, même si la décision sur le recours et la décision prise sur la base de l'article 38 sont contenues dans un même jugement<sup>54</sup>. La Cour de justice a de la sorte privilégié une conception restrictive de la notion de «décision rendue sur le recours» au sens de l'article 37, alinéa 2, de la Convention. Cette stricte interprétation trouve son inspiration directe dans les rapports Jenard et Schlosser qui se montraient hostiles à la multiplication des voies de recours (à des fins essentiellement dilatoires), dans le cadre de la procédure d'exequatur, afin d'éviter toute entrave à la libre circulation des jugements garantie par la Convention qui met en place une procédure d'exequatur simple et rapide dans l'État requis<sup>55</sup>. «Seule la juridiction saisie de l'opposition», c'est-à-dire du premier recours, au titre des articles 36 et 37, alinéa 1<sup>er</sup>, de la Convention doit dès lors disposer «de la faculté de surseoir»<sup>56</sup>.

30. – C'est donc logiquement que, devant à nouveau statuer sur la question, la Cour a rappelé dans son arrêt *Sisro* du 11 août 1995<sup>57</sup> que la juridiction saisie du recours de l'article 37, alinéa 2, de la Convention n'était pas compétente pour connaître d'un recours formé contre une décision de sursis à statuer prise sur la base de l'article 38 de la Convention. Les faits et la procédure à l'origine de cet arrêt peuvent être brièvement résumés comme suit. La société *Sisro*, domiciliée en France, avait assigné la société *Ampersand Software Bv*, dont le siège social était établi aux Pays-Bas, devant le tribunal de grande instance de Paris en paiement de dommages et intérêts pour violation de son droit d'auteur sur un logiciel informatique. Le tribunal de Paris avait fait droit à cette demande et avait en outre déclaré sa décision exécutoire par provision. *Ampersand* avait interjeté appel de ce jugement devant la cour d'appel de Paris et

lui avait demandé à deux reprises d'ordonner le sursis à l'exécution du jugement, ce que la cour d'appel avait refusé, la première fois, pour des raisons procédurales, la seconde, pour des motifs de fond. Parallèlement à la procédure menée en degré d'appel, *Sisro* avait obtenu en Angleterre, où *Ampersand* possédait des biens, l'enregistrement du jugement. *Ampersand* avait formé contre cet enregistrement, équivalant à un jugement accordant l'exécution, un recours devant la High Court of Justice en lui demandant, conformément à l'article 38 de la Convention, de surseoir à statuer au motif que la décision française était frappée dans l'État d'origine d'un recours ordinaire. À la demande de *Sisro*, la High Court avait cependant levé, après l'avoir ordonné, le sursis à statuer, suite au rejet au fond par la cour d'appel de Paris de la demande de sursis à l'exécution introduite par *Ampersand* et avait également rejeté le recours de l'article 36 formé par cette dernière société. *Ampersand* avait alors exercé à l'encontre de ces deux arrêts le recours sur des points de droit prévu à l'article 37, alinéa 2, de la Convention devant la Court of Appeal. Celle-ci avait confirmé l'enregistrement de la décision française qui avait été légalement accordé, mais s'était interrogée sur sa compétence et sur son pouvoir d'appréciation en ce qui concernait la levée du sursis à statuer ordonné par l'arrêt de la High Court. Elle avait dès lors posé trois questions préjudicielles à la Cour de justice.

La première question relative au point de savoir si le sursis à statuer de l'article 38 peut être ordonné alors que la décision dont l'exécution est demandée ne se heurte à aucun des motifs de refus prévus par les articles 27 et 28 ainsi que la deuxième question concernant l'incidence du refus de sursis à l'exécution prononcé dans l'État d'origine sur la décision de sursis prise au titre de l'article 38 ne vont toutefois, par suite de la réponse donnée par la Cour à la troisième question, pas se voir apporter de réponse<sup>58</sup>. Après avoir confirmé l'incompétence de la juridiction saisie du recours de l'article 37, alinéa 2, de la Convention pour connaître d'un recours formé contre une décision de sursis à statuer prise sur la base de l'article 38 de la Convention, la Cour a étendu cette incompétence à l'ensemble des décisions prises en vertu de l'article 38 par la juridiction saisie du recours visé à l'article 36, c'est-à-dire tant les décisions accordant que refusant ou encore levant, après l'avoir ordonné, le sursis à statuer (points 33 et 34). Pour les mêmes raisons, la Cour a en outre décidé dans le même arrêt que la juridiction saisie du pourvoi en cassation ou du recours sur un point de droit visé à l'article 37, alinéa 2, de la Convention, n'était également pas compétente pour ordonner ou réordonner,

(50) H. TAGARAS, *Cah. dr. eur.*, 1997, p. 233. Voy. aussi les conclusions de l'avocat général Fennelly dans l'affaire *Van der Linden*, *Rec.*, pp. I-1395 et s.

(51) H. TAGARAS, *Cah. dr. eur.*, 1997, p. 233.

(52) P. GOTHOT et D. HOLLEAUX, *op. cit.*, p. 182, n° 376; H. GAUDEMET-TALLON, *op. cit.*, pp. 295 et s., n° 402 et 403; K. BROECKX, «Erkenning en tenuitvoerlegging van buitenlandse vonnissen», *loc. cit.*, pp. 183 et s., n° 5.95 et s.

(53) C.J.C.E., 27 novembre 1984, *Brennero*, aff. 258/83, *Rec.*, p. 3983, points 15 et 16.

(54) C.J.C.E., 4 octobre 1991, *Van Dalfsen*, aff. C-183/90, *Rec.*, p. I-4765, points 21, 22, 24 et 26; *Rev. crit. d.i.p.*, 1992, p. 117, note H. GAUDEMET-TALLON; *Clunet*, 1992, p. 499, obs. A. HUET.

(55) Rapport Jenard, *J.O.C.E.*, 5 mars 1979, C 59, pp. 51-52; Rapport Schlosser, *ibid.*, p. 133.

(56) Rapport Jenard, *loc. cit.*, p. 52.

(57) C.J.C.E., 11 août 1995, *Sisro c. Ampersand Software Bv*, aff. C-432/93, *Rec.*, p. I-2269; *Rev. crit. d.i.p.*, 1996, p. 344, note H. GAUDEMET-TALLON; *Cah. dr. eur.*, 1997, p. 208, commentaire H. TAGARAS.

(58) Les conclusions de l'avocat général Léger précédant l'arrêt *Sisro* (*Rec.*, pp. I-2283 et s.), auxquelles il est renvoyé, apportent cependant d'importants éléments de réponse, par ailleurs tout à fait justifiés, à ces deux questions; voy. également les commentaires de H. GAUDEMET-TALLON (*Rev. crit. d.i.p.*, 1996, pp. 358 et s.).

(59) H. TAGARAS, *Cah. dr. eur.*, pp. 217-218; H. GAUDEMET-TALLON, *Rev. crit. d.i.p.*, 1996, p. 357.

elle-même, le sursis à statuer au titre de l'article 38, alinéa 1<sup>er</sup>, et ce, même si cette juridiction détient ce pouvoir au titre de ses propres règles procédurales en raison de la spécificité de son ordre juridique (point 36). L'application uniforme de la Convention dans tous les États contractants ne permet en effet pas, selon la Cour, que, dans certains États requis, «la partie contre laquelle l'exécution est demandée dispose de moyens procéduraux accrues, par rapport à ceux existant dans d'autres États contractants, lui permettant de retarder l'exécution d'un jugement exécutoire rendu dans l'État d'origine» (point 41). La Cour rejette ainsi l'argument du gouvernement du Royaume-Uni tiré de la spécificité de la Court

of Appeal, juridiction d'appel anglaise qui, dans le cadre de la procédure d'exequatur instaurée par la Convention, après avoir tranché la question de droit, peut statuer elle-même au fond, sans opérer de renvoi. On relèvera enfin que rien n'empêche au contraire la juridiction de renvoi statuant après cassation ou la juridiction de l'article 37, alinéa 1<sup>er</sup>, de se prononcer à nouveau sur le sursis à statuer et ce, que la demande tende à ce que le sursis soit levé, ordonné ou encore réordonné. Les décisions relatives au sursis à statuer sont en effet, de par leur nature, provisoires et doivent par conséquent pouvoir être modifiées si des circonstances nouvelles le justifient<sup>59</sup>.

L'arrêt doit être incontestablement approuvé. Les incidents de procédure qui ont pour effet de retarder l'exécution dans l'État requis d'une décision rendue dans l'État d'origine vont à l'encontre de l'objectif essentiel de libre circulation des jugements et doivent par conséquent être nécessairement limités. Les règles de la Convention qui s'y rapportent doivent donc faire l'objet d'une interprétation stricte à laquelle s'est à juste titre attachée la Cour de justice.

Nadine WATTÉ  
Professeur à l'U.L.B.  
Arnaud NUYTS  
Hakim BOULARBAH  
Assistants à l'U.L.B. et avocats

## JURISPRUDENCE

### Convention collective du secteur public – Calcul de l'ancienneté – Clause excluant les périodes accomplies dans le secteur public d'un autre État membre

C.J.C.E., 15 janvier 1998  
*Schöning c. Kougebetopoulou*

Siège: MM. Gulmann, Ragnemalm, Wathelet, Schintgen, Mancini, Moitinho de Almeida, Kapteyn, Murray, Edward (rapporteur), Pisssochet, Hirsch, Jann et Sevón.

Avocat général: M. Jacobs.

Renvoi préjudiciel en interprétation, Arbeitsgericht Hamburg (Allemagne), aff. C-15/96, Cour plénière.



*Est nulle de plein droit la clause d'une convention collective du secteur public qui exclut du calcul de l'ancienneté des travailleurs les périodes de travail comparables accomplies dans le service public d'un autre État membre.*

*Le juge national doit, sans attendre l'élimination d'une telle clause, appliquer au groupe défavorisé par celle-ci le même traitement qu'aux autres travailleurs.*



#### Extraits

1. – Par ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1995, parvenue à la Cour le 19 janvier suivant, l'Arbeitsgericht Hamburg a posé, en vertu de l'article 177 du traité C.E., deux questions préjudicielles sur l'interprétation de l'article 48 du même traité et de l'article 7, paragraphes 1 et 4, du règlement (C.E.E.) n° 1612/68 du Conseil, du 15 octobre 1968, relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté (J.O.C.E. L 257, p. 2).

2. – Ces questions ont été soulevées dans le cadre d'un litige opposant M<sup>me</sup> Schöning-Kougebetopoulou, de nationalité grecque, à la

Freie und Hansestadt Hamburg (ville libre et hanséatique de Hambourg) au sujet de son classement dans une catégorie de rémunérations supérieure sur la base du Bundes-Angestelltentarifvertrag (convention collective fédérale concernant les employés du secteur public, ci-après le «BAT»).

3. – L'annexe 1a du BAT établit la classification de rémunérations. Ainsi, les «Médecins spécialistes exerçant un emploi correspondant après huit années d'emploi de médecin exercé dans la catégorie de rémunérations Ib» doivent être classés dans la catégorie de rémunérations Ia, groupe 4.

4. – Depuis le 1<sup>er</sup> août 1993, M<sup>me</sup> Schöning-Kougebetopoulou est employée sous contrat, en qualité de médecin spécialiste, dans le service public de la Freie und Hansestadt Hamburg en Allemagne. Son contrat de travail, établi sur la base du BAT, la classe dans la catégorie de rémunérations Ib, groupe 7, en tant que «Médecin spécialiste exerçant une activité correspondante».

5. – Au cours de la période comprise entre le 1<sup>er</sup> octobre 1986 et le 31 août 1992, M<sup>me</sup> Schöning-Kougebetopoulou a travaillé dans le service public grec, en qualité de médecin spécialiste, sous le statut applicable aux fonctionnaires de cet État.

6. – Cette période n'ayant pas été prise en compte dans le calcul de son ancienneté, elle a, le 22 juin 1995, introduit devant l'Arbeitsgericht Hamburg une demande en vue d'être classée dans une catégorie de rémunérations supérieure selon le BAT. À l'appui de cette demande, elle fait valoir qu'elle est victime d'une discrimination indirecte contraire à l'article 48 du traité et à l'article 7, paragraphes 1 et 4, du règlement n° 1612/68.

7. – L'article 7, paragraphes 1 et 4, du règlement n° 1612/68 prévoit:

«1. Le travailleur ressortissant d'un État membre ne peut, sur le territoire des autres États membres, être, en raison de sa nationalité, traité différemment des travailleurs nationaux, pour toutes conditions d'emploi et de travail, notamment en matière de rémunération, de licenciement, et de réintégration professionnelle ou de réemploi s'il est tombé en chômage.

[...]

4. – Toute clause de convention collective ou individuelle ou d'autre réglementation collective portant sur l'accès à l'emploi, l'emploi, la rémunération et les autres conditions de travail et de licenciement, est nulle de plein droit dans la mesure où elle prévoit ou autorise des conditions discriminatoires à l'égard des travailleurs ressortissants des autres États membres.»

8. – L'Arbeitsgericht Hamburg a alors décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour deux questions préjudicielles [...]

#### Sur la première question

[...]

13. – [...] la clause d'exception figurant à l'article 48, paragraphe 4, du traité, selon laquelle les dispositions relatives à la libre circulation des travailleurs ne sont pas applicables «aux emplois dans l'administration publique», ne concerne que l'accès de ressortissants d'autres États membres à certaines fonctions dans l'administration publique (arrêt du 13 novembre 1997, *Grahame et Hollanders*, C-248/96, non encore publié au *Recueil*, point 32). Elle ne concerne pas les activités de médecin spécialiste, lesquelles ne comportent aucune participation, directe ou indirecte, à l'exercice de la puissance publique et aux fonctions qui ont pour objet la sauvegarde des intérêts généraux de l'État ou des collectivités publiques (voir, à cet égard, arrêt du 17 décembre 1980, *Commission c. Belgique*, 149/79, *Rec.*, p. 3881, point 10).

14. – Dans ces conditions, la première question posée par l'Arbeitsgericht Hamburg doit être comprise comme visant à savoir si l'article 48 du traité et l'article 7, paragraphes 1 et 4, du règlement n° 1612/68 s'opposent à une clause d'une convention collective applicable au service public d'un État membre, telle que celle en cause, qui prévoit, pour les employés de ce service public, un avancement à l'ancienneté après huit années de travail dans une catégorie de rémunérations déterminée par cette convention, sans tenir compte des périodes d'emploi, dans un domaine d'activité comparable, accomplies antérieurement dans le service public d'un autre État membre.

[...]

21. – Il y a lieu d'examiner successivement si une clause d'une convention collective applicable au service public d'un État membre,

1998

87